Institutionen

von

G. F. Puchta.

Zweiter Band.

Siebente neu vermehrte Auflage,

nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. Adolf Friedrich Rudorff,
[illegible]

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1871.

Geschichte des Rechts

bei dem römischen Volk,

mit einer

Einleitung in die Rechtswissenschaft.

Von

G. F. Puchta.

Siebente neu vermehrte Auflage,

nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. Adolf Friedrich Rudorff,

Geh. Justizrath, ordentlichem Professor der Rechte und ordentlichem Mitgliede der Akademie der Wissenschaften in Berlin.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1871.

Cursus

der

Institutionen

von

G. F. Puchta.

Zweiter Band.

Siebente neu vermehrte Auflage,

nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. Adolf Friedrich Rudorff,

Geh. Justizrath, ordentlichem Professor der Rechte und ordentlichem Mitgliede der Akademie der Wissenschaften in Berlin.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1871.

Vorwort des Herausgebers

zur zweiten Auflage.

Die Aenderungen und Zusätze gegenwärtiger Ausgabe des zweiten Bandes sind fast sämmtlich aus den Bemerkungen entstanden, welche ich dem Verfasser, als er gegen Ende des vorigen Jahres sich mit ihr zu beschäftigen anfing, auf sein Verlangen mitgetheilt, zum Theil auch noch mit ihm selbst in mündlicher Berathung überlegt hatte.

Durch das Vermächtniß des sterbenden Freundes mit der Sorge für seinen litterarischen Nachlaß beauftragt, fand ich einen Theil jener Ausstellungen von ihm in einer Weise berücksichtigt, die zur Aufnahme der übrigen ermuntern konnte.

Diese letzteren nun habe ich selbst auszuführen versucht, bald mit größerer, bald mit geringerer Entschiedenheit des Tones, jenachdem ich, namentlich im Urtheil über die nachzutragende neuste Litteratur, seiner Beistimmung mich versichert halten durfte, überall aber Das, wofür er nicht mehr verantwortlich ist, durch Klammern und Namenschiffren von dem Seinigen deutlich unterscheidend.

Die Herausgabe der hinterlassenen Handschrift des dritten Bandes, bestehend in dem nicht unbedeutenden Theil des achten, die Obligatio umfassenden Kapitels, welchen der Verfasser selbst noch für den Druck ausgearbeitet hatte, wird nach Ausgabe des gegenwärtigen Bandes meine nächste Sorge sein. Ich habe nämlich vorgezogen, dieses Fragment in einem besondern Heft zu veröffentlichen, da die Aufnahme in den zweiten Band eben so sehr das Ebenmaaß zerstört, als die Interessen der Besitzer der ersten Ausgabe verletzt haben würde. Von den übrigen Kapiteln des dritten Bandes existiren nur die Umrisse in einem Kollegienheft, mit dessen Herausgabe ich nicht beauftragt bin.

Berlin, im Julius 1846.

Vorwort zur dritten Auflage.

Die dritte Auflage hat hauptsächlich an folgenden Stellen erheblichere Zusätze erhalten: §. 151 h, 152 f. t, 154 c. o, 156 v, 157 f. 159 b, 100 m, 161 b. s, 162 a. f, 164 a, 166 r, 168 h, 170 q, 171 b. o, 172 a. l. x, 175 c, 179 l. pp*, 206 bb, 215 y, 232 r, 284 i, 238 l. bb, 239 x, 245 g. p. 249 c, 255 n.

Berlin, im November 1850.

Vorwort zur vierten Auflage.

Seit der vorigen Auflage ist besonders der römische Civilproceß im Ganzen wie in einzelnen Lehren Gegenstand beachtenswerther Bearbeitungen gewesen. Die neu erschienenen Schriften haben an folgenden Stellen des vorliegenden zweiten Bandes theils Verbesserungen theils weitere Zusätze und Ausführungen veranlaßt: §. 149 b, 151 e, 152 f, 153 h. r. w, 154 hh, 156 f, 157 g, 158 Text und Note u. v. w. x. y. z, 160 l. n. p. r, 161 c. k, 162 a. b. f, 167 u, 170 c, 171 d. k. n. p, 173 d, 175 c. ii, 182 c, 184 c, 239 ii, 241 l.

Berlin, im März 1853.

Vorwort zur fünften Auflage.

Neue Zusätze sind §. 158 w, 162 b. v, 167 i, 168 g. i, 176 c, 203 n, 239 b, 255 r hinzugekommen.

Berlin, im October 1856.

Vorwort zur sechsten Auflage.

Das fortdauernde Interesse für den römischen Civilproceß hat wiederum zu einigen höchst erfreulichen Vermehrungen der Litteratur (§. 149 b,) geführt, unter denen die wichtigste und werthvollste das neuste Werk Bethmann-Hollweg's jedoch erst für die Legis Actionen verglichen werden konnte. Daher folgende neue Zusätze und Aenderungen: §. 153 r, 156 c, 158 m. o, 160 l. 163* 168 d, 171 d, 175 cc*. ii. Auf das Privatrecht dagegen beziehen sich die Nachträge zu §. 195 q, 225 p, 232 e, 245 x.

Berlin, im April 1865.

Vorwort zur siebenten Auflage.

In Folge der Fortsetzung des Bethmann-Hollweg'schen Werkes und der abweichenden Resultate in Wiedings Justinianischem Libellproceß sind zur Darstellung des Civilprocesses die Noten: §. 149 b, 150 c. d, 153 i, 156 h, 157 c. h. 160 a, 161 g. i* u* s. v, 162 a, 168 g, 169 l, 173 y, 179 hh, 185 a. g, theils vermehrt, theils neu hinzugekommen. Das System und die Geschichte des römischen Privatrechts hat folgende Zusätze erhalten: §. 208 b*, 223 gg, 224 a, 225 g. i. k, 230 i, 231 a, 234 n. u, 238 p. q, 239 b, 241 f, 244 e, 245 g, 246 a. b, 248 m.

Lauenstein (Hannover), im August 1871.

Inhalt des zweiten Bandes.

Drittes Buch: Geschichte des römischen Civilprocesses.

Einleitung.

Erstes Kapitel: Geschichte des Civilprocesses in den drei ersten Perioden.

Drittes Kapitel: Von dem Recht des Besitzes.

Viertes Kapitel: Von dem Eigenthum.

Fünftes Kapitel: Von der Superficies und Emphyteuse.

Sechstes Kapitel: Von dem Pfandrecht.

Siebentes Kapitel: Von den Servituten.

Drittes Buch.

Geschichte des römischen Civilprocesses.

Einleitung.

CXLIX. In dem zweiten Buch ist die geschichtliche Entwickelung des römischen Rechts in seiner Gesammtheit dargestellt worden. Ein besonderer Theil dieses Rechts, das Privatrecht, wird der Gegenstand des vierten Buchs sein; es ist der Rechtstheil, durch den das römische Volk auf das Recht aller kommenden Zeiten gewirkt hat. Zu ihm soll uns ein Zweig des öffentlichen Rechts, welcher im engsten Zusammenhang mit ihm steht, die Ordnung des Civilprocesses, den Uebergang bereiten. In der Innigkeit dieses Zusammenhangs liegt der innere Grund, warum der Civilproceß nicht mit den übrigen öffentlichen Zuständen und ihren Beziehungen auf das Privatrecht im vorigen Buch abgehandelt worden ist, sondern diese besondere Stelle erhält.

Das Proceßrecht (Bd. I §. 25 S. 60 ff.) hat einen doppelten Inhalt: 1) die Bestimmung der bei dem gerichtlichen Verfahren thätigen Personen und ihrer Verhältnisse als solcher: die Gerichtsverfassung; 2) die Bestimmung des Verfahrens selbst.

Der Zweck dieses Verfahrens ist, das Recht zu schützen, das Unrecht aufzuheben. Das Unrecht aber, welches die Veranlassung eines Civilverfahrens wird, ist eine Verletzung von Rechten, die bestritten werden können, der Civilproceß selbst hat die Gestalt eines Streits um Rechte, herbeigeführt durch eine behauptete Verletzung derselben; das letzte Ziel ist die Entfernung der factischen Zustände, die dem Rechte nicht entsprechen, die Herstellung derer, die mit ihm in Einklang sind. Diesem letzten Act aber muß die Festsetzung dessen, was dem Recht in diesem Fall gemäß ist, vorhergehen. Daraus ergeben sich die zwei Hauptbestandtheile des gerichtlichen Civilver-

fahrens: 1) die Entscheidung des Rechtsstreits durch das richterliche Urtheil, die Festsetzung und Anerkennung der bestrittenen Ansprüche; 2) die Execution oder Vollstreckung dieser Entscheidung, also die wirkliche Aufhebung des Unrechts, der Trennung von Factum und Recht.

Die Entscheidung aber beruht auf einer Anwendung der Rechtsvorschriften auf den vorliegenden Fall. Sie setzt eine Untersuchung voraus, bei der es auf zwei Punkte ankommt: das Recht und die Thatsachen, aus denen der Fall besteht. Die Kenntniß beider muß der Entscheidende besitzen. Die Erkenntniß des Rechts ist von der Ordnung des Verfahrens unabhängig, auf die der Thatsachen aber bezieht sich der Theil des Verfahrens, welcher das Beweisverfahren heißt.

Vor der Untersuchung selbst ist ihr Gegenstand festzustellen, es ist zu ermitteln, welche Ansprüche die Parteien gegen einander erheben und bestreiten, und der richterlichen Untersuchung und Entscheidung unterstellen. Dieß ist die Aufgabe von Verhandlungen, mit denen der Proceß sich eröffnet, und die darum das erste Verfahren genannt werden.

Mit diesen Momenten: Gerichtsverfassung und Verfahren in seinen vier Perioden, erstes Verfahren, Beweisverfahren, Urtheil, Execution — ist die Uebersicht über das gegeben, wovon im Folgenden gehandelt werden soll.

Gleich hier nenne ich zwei Werke, welche für diese Lehre theils im allgemeinen, theils in einzelnen Punkten zu benutzen sind. Das eine und das wichtigste, von Bethmann-Hollweg, macht für die Darstellung des Processes der späteren Zeit Epoche; man darf sagen, daß eine in sich zusammenhängende und lebendige Kenntniß desselben erst durch dieses Werk vermittelt worden ist, aber auch für das ältere Verfahren gewährt es vielfach neue Aufschlüsse.[a] Das andere ist zwar weder in der Behandlung noch in den Resultaten mit jenem zu vergleichen, aber es ist eine Materialiensammlung, welcher der

a) Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprocesses, I Band 1834 (zugleich unter dem Titel: Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden römischen Reichs, ein Beitrag zur Geschichte des R. R. bis auf Justinian). Das Buch ist zugleich durch das in der Darstellung beobachtete Maß und das stete Festhalten des vorgesetzten Ziels ein Muster wissenschaftlicher Behandlung des von dem Verfasser in bedeutendem Umfang gewonnenen Stoffs.

ausdauernde Fleiß des begabten Verfassers einen nicht geringen Werth verleiht.[b])

---

b) Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts bis auf Justinian, 3. Band 1829 (der röm. Civilproceß in gesch. Entwickelung bis auf Justinian). (Eine kurze aber klare Zusammenfassung des Verfahrens im Zusammenhang mit den Actionen enthält das Büchlein von Keller: der römische Civilproceß und die Actionen in summarischer Darstellung 1852, Zweite Ausgabe 1855, Dritte Ausgabe 1863, welches trotz dieser summarischen Darstellung die Entwickelung aus einem Grundgedanken nicht ausschließt und dem „antediluvianischen" Eindruck der antiken Formen durch Verbannung aller Abstraction wie durch Hinweisung auf den wenigstens in dem Institut der Civiljury verwandten englischen Proceß zu begegnen weiß. Eine noch kürzere Uebersicht für Unterrichtszwecke giebt v. Scheurl, Anleitung zum Studium des römischen Civilprocesses. 1855. In seinem geschichtlichen Zusammenhang mit der Rechtsbildung und Rechtspflege überhaupt ist der römische Civilproceß behandelt von Rudorff, röm. Rechtsgeschichte, Bd. 2 §. 1—97. Die leitenden Gedanken und Cäsuren des altrömischen Processes (Sonderung, Beschränkung und Präcisirung der Streitfrage, geringe Anforderungen an den Richter, der sie beantworten soll, dagegen hohe Ansprüche an den Magistrat und die Partei, welche sie zu stellen hat) sind von Ihering, Geist [1865] S. 16—125, in bekannter Lebendigkeit geschildert worden. Allein die volle Anschauung der successiven Verkörperung und der geschichtlichen Continuität dieser leitenden Ideen erhalten wir jetzt erst durch Bethmann-Hollweg's neueste Bearbeitung des Civilprocesses, welche den Entwickelungsgang nach den drei Epochen, den Legis Actionen, Formeln und Cognitionen aufweist Erster Band Legis Actiones. Bonn 1864. Zweiter Band. Formulae. 1865. Dritter Band. Cognitiones 1866. Daran schließt sich im vierten Band der römisch-germanische Proceß im früheren Mittelalter; diese Verschmelzung des römischen Proceßrechts mit neuern Rechtselementen liegt jedoch nicht mehr in den Gränzen der gegenwärtigen Aufgabe. Mit den wissenschaftlichen Vorzügen seines frühern Werks [Note a] verbindet das gegenwärtige die Erfahrungen des praktischen Staatsmanns und die Darstellung ist vielleicht die eleganteste und anmuthigste, welche in irgend einem Erzeugniß der juristischen Litteratur erreicht ist. Beurtheilungen lieferten 1) Paul Krüger Bemerkungen zu Bethmann-Hollwegs Civilproceß, Zeitschr. für Rechtsgeschichte VII (1868) S. 208—243, 2) Wieding in Bekkers und Pözls Kritischer Vierteljahrsschrift XII Nr. VII S. 208 f. — Eine grundgelehrte, peinlich genaue aber schwerfällige Darstellung des Justinianischen Processes auf der Grundlage sorgfältiger eigener Quellenforschung enthält: „Der Justinianische Libellproceß. Ein Beitrag zur Geschichte und Kritik des ordentlichen Civilprocesses wie zur Beurtheilung der gegenwärtigen Reformbestrebungen von Dr. Karl Wieding (1865)". 758 Seiten. Vgl. dazu die Recension von Theod. Muther in der Krit. V. J. Schrift IX (1867) Nr. VI S. 160—190 Nr. X S. 329 f. f. auch Bethmann-Hollweg §. 150*. — Einzelnes erörtern Otto Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses (1865) S. 1—59 und Paul-Krüger, Kritische Versuche im Gebiete des römischen Rechts (1870) S. 66, 88, 134 f. R.)

Erstes Kapitel.

Geschichte des Civilprocesses in den drei ersten Perioden.

Grundlagen des römischen Gerichtswesens.

CL. Die Rechtspflege war bei den Römern nicht gewissen Behörden als ausschließliche Function übertragen. Es gab Magistrate, deren vornehmster Beruf sie war, aber keinen, der bloß diesen Beruf gehabt hätte. Bei den Magistraten mit Jurisdiction war diese also nur ein Theil ihrer gesammten obrigkeitlichen Gewalt. So hatte der König die Rechtspflege gehabt, aber mit der gesammten übrigen Regierung, dieselbe Stellung hatten die Consuln, und als endlich besondere Prätoren für die Jurisdiction gewählt wurden, so hatten diese doch auch andere Verwaltungsgeschäfte, ja wenn die Consuln entfernt waren, die ganze innere Administration. Die Jurisdiction wurde nichts als ein abgesonderter, von den sonstigen öffentlichen Geschäften entfernt zu haltender Beruf gedacht.

Diese Einrichtung hätte in zwei Rücksichten ein Uebelstand sein können.

Einmal war die Ausübung der Jurisdiction für einen Magistrat, der überdieß mit andern Staatsgeschäften belastet war, unausführbar, wenn er alle richterlichen Functionen hätte versehen sollen. Für alle römischen Bürger bestand anfangs Ein Magistrat, vor dem ihre Rechtsstreitigkeiten anzubringen waren; uns scheint es ein natürlicher Ausweg, den Staat in mehrere Districte einzutheilen, jeden mit seinem besonderen Gerichtsvorstand, oder dem obersten Magistrat subordinirte Behörden beizugeben, durch die er die Jurisdiction geübt hätte, beides aber war der alten Verfassung fremd. Als später mit der Ausdehnung des Reichs besondere Magistrate in den italischen

Städten und in den Provinzen entstanden, war doch der Jurisdictionskreis des römischen Prätors und eines großen Theils jener andern Behörden so beträchtlich, daß sie unmöglich alle Processe, die vor sie gebracht wurden, selbst hätten untersuchen und entscheiden können.

Noch wichtiger aber war die Gefahr für die gerechte Verwaltung der Justiz, wenn sie unbedingt in die Hände eines solchen Magistrats gelegt worden wäre.[a]) Ueberall wo der Richter mit anderen Functionen als den richterlichen versehen ist, wird zu besorgen sein, daß er das selbstständigere, eigenmächtigere Verfahren, das in Administrativsachen unvermeidlich ist, auch bei Rechtssachen anwende. Dieses Bedenken war nirgends wichtiger als bei den römischen Magistraten, die eine so hohe Stellung, eine so bedeutende Gewalt hatten, daß jeder in seiner Sphäre wie ein Monarch erschien. Ungeachtet der Beschränkungen, die in der eigenthümlichen Gestaltung ihrer amtlichen Macht lagen (Bd. I §. 79), mußte es als ein dringendes Bedürfniß erscheinen, ihnen nicht das ganze Geschäft des Rechtsprechens zu überlassen.

Wir finden nun, daß beiden Uebelständen auf die einfachste Art durch ein und dasselbe Mittel abgeholfen wurde. Dieses Mittel ist zugleich das Fundament des alten Processes.

Den Magistraten kam nicht die Untersuchung des Falls und Entscheidung des Rechtsstreits selbst zu. Ihre Thätigkeit war vielmehr nur eine vorbereitende, sie hatte die Feststellung der streitigen Punkte, dessen was der Kläger forderte und der Beklagte bestritt oder verweigerte, die processualische Gestaltung der beiderseitigen Anträge, und unter Umständen die Bestellung des Gerichts zum Zweck. Mit dieser Vorbereitung hörte die Thätigkeit des Magistrats auf, die Untersuchung und Entscheidung durch Sentenz, also die wesentlichsten richterlichen Functionen, waren die Sache des Judex, des eigentlichen Richters (eines oder mehrerer), sei es daß er von dem Magistrat bestellt wurde, oder die Sache an ein ständiges Gericht kam. Da-

a) [Cic. in Verr. II. 2, c. 12: dubium nemini est, quin omnes omnium pecuniae positae sint in eorum potestate, qui iudicia dant, et eorum, qui iudicant: quin nemo nostrum possit aedes suas, nemo fundum, nemo bona patria obtinere, si, cum haec a quopiam vestrum petita sint, praetor improbus, cui nemo intercedere possit, det quem velit iudicem, iudex nequam et levis, quod praetor iusserit, iudicet. R.]

durch war erstens der Ueberbürdung der Magistrate vorgebeugt, da gerade die zeitraubenden richterlichen Geschäfte sie nicht trafen, zweitens dem Gewaltmißbrauch, da die wesentlichen Functionen in andere Hände gegeben waren.

In dieser Theilung der richterlichen Functionen zwischen magistratus und iudex besteht der ordo iudiciorum privatorum, die regelmäßige Ordnung des Verfahrens, die ihrer Grundlage nach ohne Zweifel schon in ältester Zeit bestanden hat, in der Folge durch freie Berufung von Richtern neben ständigen Gerichten vervollkommnet wurde, und bis an das Ende der dritten Periode fortdauerte.[b]) Dieses ordentliche Verfahren zerfällt in zwei Theile: 1) das Verfahren in iure, vor dem Magistrat, wodurch das Proceßverhältniß zwischen den Parteien begründet wird, und seine Form erhält, 2) das Verfahren in iudicio, vor dem Richter, worin alles andere, was zur Erledigung des Rechtsstreits gehört, geschieht, und das sich mit der richterlichen Entscheidung, der sententia iudicis, schließt.[c])

---

b) Daß diese Ordnung erst von Servius, dem angenommenen Vater aller der Freiheit günstigen Einrichtungen, eingeführt worden sei, ist aus Dionys. IV. 25 nicht zu entnehmen (vgl. Bd. I § 49), der überdieß ähnlich wie von der Jurisdiction der früheren Könige, auch von derjenigen der Consuln spricht X. 1). Eben so verliert die Darstellung der königlichen Gewalt als einer unbeschränkten bei Tac. ann. III 26. Vellei. II. 6 ihre Wirkung für die vorliegende Frage durch die gleiche der consularischen Liv. III. 9. Endlich steht auch Cicero's Schilderung de republ. V. 2 der Annahme zwar von richterlichen Privatpersonen, nicht aber überhaupt von Richtern gegenüber dem König als ius dicens entgegen.

c) (Das Princip der Theilung ist nicht wie im germanischen Processe die verschiedene richterliche Thätigkeit des Gerichthaltens und Urtheilfindens, sondern die Verschiedenheit der Verhandlungsstoffe. Die processualischen Streitpunkte, welche die Voraussetzungen des Rechtsstreits betreffen, entscheidet der Magistrat in iure; das materielle Streitverhältniß gehört in das iudicium, es giebt also regelmäßig keine Proceßeinreden, welche wahre Exceptionen wären, in die Formel aufgenommen und vom iudex untersucht und entschieden würden. Das Verfahren in iure entspricht demnach ungefähr und vorbehältlich seines positiv römischen Charakters (§. 185a) den praeparatoria iudicii im romanischen und der Pflicht zur Antwort im germanischen Processe. Vgl. Oskar Bülow, die Lehre von den Proceßeinreden und Proceßvoraussetzungen. (1868) und dazu Planck in Bekker's und Pözl's Krit. V. J. Schrift XI (1869) S. 166, 174. Gleichwohl war es dem Magistrat unbenommen weitläuftige processualische Streitpunkte in Form einer praescriptio und selbst einer exceptio mit consumirender Wirkung ins Iudicium zu weisen und andererseits sie selbst noch nach constituirtem Iudicium durch Translation selbst zu erledigen (Cic. de inv. II. 58). Man darf daher nicht mit Bülow schließen, daß die exceptiones cogni-

Neben diesem entstand ein Verfahren extra ordinem, extraordinaria cognitio. In gewissen Fällen lag dem Magistrat eine Untersuchung ob, eine cognitio, und eine Entscheidung durch decretum, so daß die Sache, ohne an einen Judex zu kommen, erledigt ward. Nicht immer war es bei diesem Verfahren auf die gänzliche Entscheidung eines Rechtsstreits, also auf eine definitive Herausnahme einer Rechtssache aus dem ordo iudiciorum privatorum abgesehen, oft waren es nur provisorische und die weitere Verhandlung auf dem ordentlichen Weg vorbereitende oder wenigstens zulassende Punkte, die dadurch erledigt wurden. Wir dürfen annehmen, daß das außerordentliche Verfahren in der zweiten Periode nur sehr beschränkt und allein da zugelassen war, wo das Eingreifen der mehr discretionären Gewalt des Magistrats als wirkliches Bedürfniß und als unbedenklich erschien. In der dritten Periode wurden die Fälle, wo es eintrat, sehr vermehrt; dieß hängt mit dem allmählichen Verschwinden der Garantien für die bürgerliche Freiheit zusammen, die sich noch am längsten im Privatrecht erhalten hat, so daß in der dritten Periode der ordo iudiciorum privatorum doch immer die wenn auch schon mehrfach durchbrochene Regel blieb. Wir werden sehen, daß in der vierten Periode die extraordinaria cognitio das alte ordentliche Verfahren ganz verdrängt hat. d)

---

toriae rei residuae, litis dividuae, ne praeiudicium fiat und die praescriptio fori keine processualische, sondern sachliche Einreden seien. R.)

d) Die entgegengesetzte Auffassung vertritt Wieding, Libellproceß S. 112 f. 687. (Vgl. S. 91, 105, 113, 150, 185, 259, 269, 413, 439.) Nach ihm war der Justinianische Proceß das alte Ordinarverfahren, nur von den Eigenthümlichkeiten entkleidet, welche sich als Consequenzen der iudicis datio, der Formeln und der impetratio actionis darstellten. Nach dieser Auffassung blieb die alte Theilung zwischen Jus und Judicium bestehen, die Litiscontestation erlitt keine Umwandlung, sie wurde nur vom Ende des ius auf den Anfang des iudicii verlegt und der Calumnieneid der Parteien und Advocaten eingeschoben; dagegen mit der Edition und Postulation der Klage, mit der Opposition der Einreden, Repliken, Dupliken, der Legitimation der Parteien, der Competenz und Fähigkeit des Richters, der Connexitätsverhältnisse ging keinerlei Veränderung vor. Die Umwandlung der iudicia ordinaria in extraordinaria erfolgte nicht plötzlich unter Diocletian, sondern erst durch allmähliche Reformen, deren schließliches Resultat das Justinianische Recht enthält — z. B. die Abschaffung der Formeln erst unter Constantins Söhnen, der Erbittung der Rechtsverfolgung (impetratio actionis) sogar erst 428 unter Theodosius II. und Valentinian III. — Diese Darstellung vertritt den Einheitsgedanken des Processes, während nach der herrschenden, namentlich bei Bethmann-Hollweg und dem Verfasser, umgekehrt die Verschiedenheit der historischen Culturstufen in den Vordergrund tritt. Insofern

Gerichtsverfassung:

A. Die Magistrate.

CLI. Magistrate mit Jurisdiction waren in Rom anfangs die Könige (Bd. I. §. 41), dann die Consuln, eine Zeitlang vielleicht die Censoren (§. 56), hierauf der Prätor urbanus (§. 56), neben diesem später der Prätor peregrinus (§. 83), und die curulischen Aedilen (§. 57), in der dritten Periode auch Prätoren für besondere Rechtssachen (§. 88), und vor allem der Princeps selbst, und die neuen Magistrate, die er mit seiner Gerichtsbarkeit beauftragte (§. 88. 111); in den italischen Städten die Duumviri und die Präfecten (§. 65. 91. 92. 94), über diesen in der dritten Periode die Consulares und Iuridici (§. 92); in den Provinzen die Regenten derselben nebst den Provincialquästoren (§. 67. 68. 93) und Procuratoren (§. 93).

Der gesammte Umfang eines mit der Civilrechtspflege versehenen Magistrats heißt officium ius dicentis. [a]) Auch der Ausdruck iurisdictio wird in einem allgemeinen Sinn dafür gebraucht, aber selbst in diesem weiten Sinn geht das Wort nicht über die Civilrechtspflege hinaus; erst später kommt iurisdictio in der noch weiteren Bedeutung, worin es auch die Criminaljurisdiction umfaßt, technisch vor. [b]) Das officium ius dicentis enthält folgende Bestandtheile:

1) Iurisdictio im engern Sinn, die Befugniß zu dem eigent-

---

würden also beide Darstellungen einander ergänzen. Indessen scheint Wieding's Werk zu wenig Gewicht auf zwei Thatsachen zu legen 1) daß mit den alten iudiciis ordinariis im Sinn des Theophilus zugleich das alte Civilverfahren in den Conventen wegfiel und nur die in den extraordinariis iudiciis der Präsides üblichen Cognitionen übrig blieben, 2) daß in der Justinianischen Compilation des alten Rechts viele Rechtssätze erneuert sind, welche in der Rechtsanwendung längst beseitigt waren. Richtiger hat daher Bethmann-Hollweg das Justinianische Proceßrecht überall getrennt dargestellt. R.)

a) Ulpian. L. 1 D. de iurisd. (2, 1): Ius dicentis officium latissimum est, nam et bonorum possessionem dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, iudices litigantibus dare.

b) Man hat diese weiteste Bedeutung bei Papinian L. 1 pr. D. de off. eius cui mand. (1, 21) finden wollen, aber dieser Jurist sagt nur, die Magistrate irrten, welche, indem sie ihre Jurisdiction mandiren (oder weil die Jurisdictio mandirt werden könne), damit auch die ihnen übertragene Criminalgewalt mandiren zu können glauben; er gebraucht also das Wort in dem noch damals allein technischen Sinn.

lichen ius dicere, d. h. zu dem, was der Magistrat im ordentlichen Verfahren zu thun hatte. Das Verfahren in iure bestand nach dem ältesten Recht in gewissen solennen Worten und Handlungen, die theils von dem Magistrat, theils von den Parteien auszusprechen und vorzunehmen waren (§. 161). Diese Thätigkeit heißt von Seiten der Parteien lege agere, von Seiten des Magistrats ius dicere. Man faßte später die Sprüche des Magistrats unter drei Classen, die durch die Worte: do, dico, addico bezeichnet werden.[c]) In dem durch die Lex Aebutia eingeführten Verfahren (§. 163) geschah das ius dicere durch einen von dem Magistrat abgefaßten Schriftsatz (formula): ius dicebatur conceptis verbis. Jenes ältere ius dicere konnte auch ohne daß es sich auf einen Rechtsstreit bezog, es konnte bei einem Rechtsgeschäft vorkommen, welches vor dem Magistrat in der Form der Legis Actio errichtet wurde, so bei der Uebertragung eines Rechts durch in iure cessio, bei der Manumission; hier wird die Thätigkeit des Magistrats durch den übereinstimmenden Willen der Parteien bestimmt, die iurisdictio heißt daher voluntaria.[d]) Wir sprechen aber hier zunächst von dem ius dicere, welches die Entscheidung eines Rechtsstreits zum Ziel hat, von der contentiosa iurisdictio, und in dieser liegt auch die Bestellung des Richters, iudicis datio, wo die Sache nicht der Cognition eines ständigen Gerichts anheimfällt.[e])

Diese Jurisdictio im eigentlichen Sinn ist das wesentliche Stück des officium ius dicentis, alle Magistrate mit Rechtspflege haben sie. Nur in Beziehung auf die legis actio ist späterhin eine Aus-

c) Varro de L. L. VI. 30 (Müll.): — nefasti, per quos dies nefas fari praetorem; do, dico, addico, itaque non potest agi, necesse enim aliquo eorum uti verbo, cum lege quid peragitur. Ovid. fast. I. 47. 48: ille nefastus (dies) erit, per quem tria verba silentur, Fastus erit, per quem lege licebit agi. Macrob. Saturn. I. 16: fasti sunt, quibus licet fari praetori tria verba solemnia: do, dico, addico.

d) L. 2 D. de off. procons. (1. 16.) Auch hier ist iurisdictio die Thätigkeit des Magistrats, legis actio die der Parteien; von den Ausdrücken magistratus, apud quem legis actio est (L. 3 eod. L. 4 D. de adopt. 1, 7) und habet legis actionem (Paul. II. 25, 4) ist der erste eine unmittelbare Anwendung jenes richtigen Sprachgebrauchs, der zweite ein mittelbar darauf zurückzuführender Abusus.

e) Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia L. 3 D. de iurisd. (2. 1). (Erst ein unzweideutiges Commissorium des Princeps verpflichtet den Magistrat zur Selbstuntersuchung L. 8. 9 D. de off. praesidis 1, 18 vgl. §. 178 c, R.)

nahme gemacht worden, indem vielen Magistraten diese Proceßform sowohl in ihrer Anwendung auf Rechtsgeschäfte, als auf Rechtsstreitigkeiten entzogen wurde (Bd. I. §. 92).

2) Imperium (vgl. Bd. I §. 79). Die römischen Juristen theilen das Imperium in merum und mixtum. [f]) Merum heißt das Imperium, welches in keinem Zusammenhang mit der Jurisdictio steht, und das sich daher auf das officium ius dicentis nicht bezieht, wie die Criminalgerichtsbarkeit, wenn sie einem Magistrat zusteht, [g]) mixtum, welches sich auf die Zwecke der Civilrechtspflege bezieht, also bei den Magistraten, die es besitzen, mit der Jurisdictio zusammenhängt. [h]) Insofern imperium die Gewalt eines höheren Magistrats überhaupt bezeichnet, kann die Jurisdictio auch ein Bestandtheil dieses Imperiums genannt werden. [i]) In dem officium ius dicentis liegen nun Functionen, welche nicht unter die Jurisdictio im eigentlichen Sinn fallen, und die doch iure magistratus, nicht vermöge besonderer Verleihung (s. nachher unter 3) zustehen. Von diesen sagen die römischen Juristen: imperii magis sunt, quam iurisdictionis. Die einzelnen Verfügungen, die als Beispiele davon in den Quellen vorkommen (Auflegung einer prätorischen Caution, missio in possessionem, in integrum restitutio) sind nicht willführlich dahin gestellt, es liegt ihnen eine Regel zu Grunde, welche sich in ihrem Gegensatz zur eigentlichen Jurisdictio ausspricht, und als gemeinsames Merkmal aller einzelnen dahin gerechneten Fälle erscheint. Das Imperium nämlich, welches der eigentlichen Jurisdictio gegenübersteht, enthält die Befugniß zu dem Verfahren extra ordinem durch magistratische Cognition und Decretum, dieses Ver-

---

f) Ulpian. L. 3. 4 D. de iurisd. (2, 1.) Diese Stellen sind, wie wir sie in der justinianischen Compilation lesen, vielfach interpolirt, indessen läßt sich doch aus ihnen und andern, worin diese Begriffe vorausgesetzt werden, das im Text Folgende mit Sicherheit entnehmen. (Vgl. Puchta: Kleine civil. Schriften. 1851. S. 521 ff. R.)

g) L. 3 cit.: — merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur.

h) Imperium quod iurisdictioni cohaeret L. 1 D. de off. eius cui mand. (1, 21.) (Für die Mischung der Jurisdictio mit dem Imperium geschah ein bedeutender Schritt durch die Lex Licinia [387], welche die Legis Actio der Pontifen [Bd. 1 §. 78] auf den Prätor, einen patrizischen Magistrat mit Imperium übertrug. R.)

i) L. 3 cit.: — mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest.

fahren ist es, welches den zweiten Bestandtheil des officium ius dicentis bildet, und von dem die angeführten Verfügungen nur einzelne Beispiele sind.

Diese Functionen des Imperiums sind kein wesentlicher Bestandtheil des officium ius dicentis: es giebt Magistrate (die magistratus minores), denen das Imperium, und damit also die Befugniß zu der extraordinaria cognitio fehlt, wenn sie dieselbe nicht in gewissen Fällen durch ein Ausnahmsgesetz oder durch Auftrag eines höheren Magistrats erhalten haben, so die römischen Aedilen und die Municipalmagistrate (Bd. I §. 92).

3) Es können in dem officium ius dicentis Functionen enthalten sein, quae neque iurisdictionis neque imperii sunt. Dieß sind solche, die an sich gar nicht in der magistratischen Gewalt liegen (non iure magistratus competunt), sondern dem Magistrat durch ein besonderes Gesetz zugetheilt sind (specialiter lege vel senatusconsulto vel constitutione principum tribuuntur). Dahin gehört die Bestellung eines Tutors,[k] die Gestattung eines Alimentenvergleichs,[l] die Erlaubniß zur Veräußerung von Grundstücken durch die Vormünder.[m] Bei diesen ist es nicht bloß nicht wesentlich, sondern rein zufällig, daß sie einen Bestandtheil des officium ius dicentis ausmachen.

Die Unterscheidung dieser drei verschiedenen Bestandtheile hat ein doppeltes Interesse, einmal dadurch, daß die Jurisdictionsbefugniß eines Magistrats beschränkt sein kann, sodann in Beziehung auf die Möglichkeit einer Delegation.

Beschränkt kann die Jurisdiction sein 1) auf gewisse Gattungen von Rechtssachen, eine solche war die der Aedilen über den Markthandel, ferner die der praetores fideicommissarii, liberalium causarum u. s. f. (Bd. I §. 88); 2) auf eine gewisse Summe, welche der Werth des Streitgegenstandes nicht überschreiten darf, dieß kommt bei den Municipalmagistraten vor (Bd. I §. 90. 92); 3) auf die eigentliche Jurisdictio, so daß die aus dem Imperium fließenden

---

k) L. 6 §. 2 D. de tutel. (26, 1): tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatusconsultum vel princeps. Vgl. auch L. 1 pr. D. de off. eius cui mand. (1, 21).

l) L. 8 pr. §. 18 D. de transact. (2, 15.)

m) L. 2 D. de off. eius cui mand. (1, 21).

Functionen wegfallen. Dieses nun ist die Beschränkung, für welche jene Classification wichtig ist.

Der Magistrat sodann, welcher Jurisdiction kraft seines Amtes hat, kann diese im Ganzen oder theilweise einem Andern auftragen, mandare iurisdictionem. [n]) Der Auftrag kann einer Privatperson geschehen, ebenso einem Magistrat, dessen sonstige Eigenschaft als solchen dabei gar nicht zur Sprache kommt, da er bei der Vertretung des Auftragenden durchaus so beurtheilt wird, wie wenn er als Privatus, also ohne eine eigene Gewalt zu besitzen, den Auftrag erhalten hätte. [o]) Regelmäßig kam dieses Mandatum vor bei den Provincialregenten, welche ohne diese Möglichkeit ihrem mannigfaltigen Beruf nicht hätten genügen können (Bd. I §. 93), und bei dem Prätor hinsichtlich gewisser Ausflüsse des Imperiums an die Municipalmagistrate zur Erleichterung der Parteien. [p]) Das Mandat verliert, wie ein anderes, seine Wirksamkeit durch Widerruf und Tod des Auftragenden; [q]) der Beauftragte kann nicht weiter mandiren. [r]) In der dritten Periode wurde, indem unter dem Principat die selbstständige Amtsgewalt der Magistrate sich minderte, die Ausübung der Befugniß zu mandiren schon mehrfach beschränkt. [s]) Für die Möglichkeit des Mandats in Beziehung auf seinen Gegenstand ist wiederum die obige Classification von Bedeutung. Mandirt kann werden, was iure magistratus zusteht, also die eigentliche Jurisdictio und das Imperium mixtum, nicht dagegen die Functionen, welche weder

---

n) Dig. I. 21: de officio eius cui mandata est iurisdictio. L. 17 D. de iurisd. (2, 1.) Damit darf die Bestellung eines Judex nicht verwechselt werden, der Judex hat überall keine Jurisdictio, weder propria noch mandata, das officium iudicis ist eine von jener total verschiedene Richtergewalt. Bethmann-Hollweg, Handb. I S. 47 f.

o) L. 3: de off. eius cui mand.: non tamen pro suo imperio agit, sed pro eo, cuius mandato ius dicit, quotiens partibus eius fungitur. Die Wirksamkeit des Auftrags hängt auch in Anfang und Ende von der Amtsgewalt des Auftragenden ab L. 4 §. 6 D. de off. procons. (1, 16).

p) L. 1 D. de damno inf. (39, 2): cum res damni infecti celeritatem desiderat, et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putabit. Diese Bemerkung bezieht sich darauf, daß dieses Auftrags in dem prätorischen Edict selbst (wenigstens seit Hadrian) gedacht war, L. 4 §. 3. 7—10 L. 7 pr. D. eod.

q) L. 6 D. de iurisd. (2, 1) L. 6 §. 1 D. de off. procons. (1, 16.)

r) L. 5 pr. D. de off. eius cui mand. (1, 21) L. 5 D. de iurisd. (2, 1.)

s) Vgl. Bd. I §. 93 Note o.

zu der einen, noch zu dem andern gehören, also namentlich auch nicht das Imperium merum.[t]) Daß dem Legaten des Proconsuls, der nur eine mandata iurisdictio hat, dennoch die tutoris datio (Note k) durch eine Constitution des Marcus gegeben ist,[u]) darf nicht irre machen; man hatte angefangen, die Legati als eine Art von Magistraten unter dem Proconsul zu betrachten,[v]) so daß gegen die Regel bei der mandata iurisdictio eine Appellation von dem Legaten an den Proconsul zugelassen wurde.[w])

CLII. Wenn eine Behörde Gerichtsbarkeit hat, d. h. die Befugniß zur Rechtspflege überhaupt und für die Gattung von Rechtssachen insonderheit (sowohl in Hinsicht auf das Rechtsverhältniß selbst, als auf die Personen, unter denen es besteht), unter die der vorliegende Fall gehört, so ist damit ihr Beruf, in diesem individuellen Fall ihre Jurisdiction auszuüben, noch keineswegs entschieden. Dieser Beruf zur Ausübung der zuständigen Gerichtsbarkeit (die also stets vorausgesetzt wird) in einem individuellen Fall heißt Competenz.[a]) Ist einer Behörde die Rechtspflege in Rechtssachen gewisser Art entzogen, so kann ihre Ausschließung von ihnen Entziehung der Gerichtsbarkeit oder der Competenz sein. Diese Unterscheidung ist von Wichtigkeit, weil der Mangel der Competenz durch Zustimmung der Parteien gehoben werden kann, nicht der Mangel der Gerichtsbarkeit.[b]) So war die Beschränkung der Municipalmagistrate auf eine gewisse Summe eine bloße Entziehung der Competenz,[c]) nicht so die auf dem Mangel des Imperiums beruhende Unfähigkeit zur extraordinaria cognitio, die Möglichkeit dieses Verfahrens kann ihnen daher nicht durch den Willen der Parteien, sondern nur durch ein Mandat des höheren Magistrats gegeben werden. Der Procu-

t) L. 1. 5 §. 1 D. de off. eius cui mand. (1, 21) L. 6 pr. 11 D. de off. procons. (1, 16) und die Stellen in Note l. m. u) L. 1 §. 1 de tut. et cur. dat. (26, 5) L. 15 D. de off. procons. (1, 16.)

v) Daraus erklärt sich, daß Pomponius es nöthig findet, nachdrücklich hervorzuheben, sie hätten in Wahrheit nihil proprium, ihre Jurisdictio setze ein Mandatum des Proconsuls voraus L. 13 D. de off. procons. (1, 16.)

w) L. 1 §. 1 L. 2 D. quis a quo app. (49, 3.)

a) Vgl. zu dem Folgenden Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses (1827). Erste Abhandl.

b) L. 1. 2 pr. §. 1 D. de iudiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat (5, 1). L. 15 D. de iurisd. (2, 1). L. 3 C. de iurisd. omn. iudicum et de foro competenti (3, 13). c) L. 28 D. ad munic. (50, 1.)

rator Cäsaris hatte nur für fiscalische Sachen eine Rechtspflege, aber auch diese Bestimmung bezog sich nur auf die Competenz. [d]) Dasselbe Verhältniß bestand zwischen den verschiedenen Prätoren, welchen verschiedene Zweige der Justiz zugewiesen waren, dem urbanus, peregrinus u. s. f.

Mit der Ausdehnung des römischen Reichs kam es dahin, daß mehrere Behörden neben einander für dieselben Rechtssachen bestanden, neben den römischen Prätoren die Municipalmagistrate, und die Vorsteher der Provinzen. Die letzteren beiden hatten von Anfang eine auf einen District beschränkte Jurisdiction, der Gerichtsbezirk jener war das Gebiet der Stadt, dieser das Territorium der Provinz. Die römischen Prätoren waren Behörden für den ganzen Staat, solange die Stadt Rom diesen darstellte; in der dritten Periode begann sie von dieser Stellung zu der eines besonderen Bestandtheils des Staats herabzusteigen, hier erschien nun die Jurisdiction der Prätoren ebenfalls als eine auf einen District beschränkte, auf die Stadt und das ihr zugetheilte Gebiet, urbica dioecesis; [e]) doch blieb daneben noch immer der Grundsatz in Wirksamkeit, daß sie für alle römischen Bürger bestehe. Die Competenz wird nun dadurch begründet, daß die Person, deren Rechtsverhältnisse durch die gerichtliche Entscheidung zu bestimmen sind, der Jurisdiction der Behörde unterworfen, mit andern Worten: daß diese Gerichtsbehörde das forum dieser Person ist, diese Unterwerfung aber ist die Folge eines Verhältnisses der Person zu dem District, über welchen sich die Jurisdiction erstreckt. Das allgemeinste Verhältniß, welches diese Folge hat, ist das Domicilium, wodurch jemand incola wird. Der Grundsatz, daß das Domicilium (der örtliche Mittelpunkt der juristischen Wirksamkeit einer Person) der Jurisdiction unterwirft, das Forum begründet, findet für alle jene Bezirksjurisdictionen, für Rom, die Städte und die Provinzen Anwendung. Neben dem Domicilium giebt es noch eine zweite Beziehung zu dem Bezirk, welche aber voraussetzt, daß dem Territorium eine Personenverbindung, eine Corporation, entspricht, die darauf ruht. Es ist die Eigenschaft eines Mitglieds dieser Genossenschaft, eines civis, welche der Jurisdiction unterwirft. Dieser Grund der Competenz fällt weg bei der Jurisdiction der Pro-

d) L. 1 C. de iurisdict. (3, 13.)
e) Vat. fragm. 205. 232.

vincialregenten, weil die Provinzen nicht Corporationen sind, es also keine „Bürger der Provinz" giebt,[f]) er tritt neben dem Domicilium ein für die Municipien und für Rom.[g]) Daran, daß alle cives romani als Bürger von Rom gelten (Roma communis patria), knüpft sich jene allgemeinere Jurisdiction der römischen Prätoren, die sich über ihren unmittelbaren District hinaus erstreckt. Civis aber eines Municipiums (wie von Rom) ist jemand durch seine Abstammung, und was dieser gleichgestellt ist,[h]) daher wird die origo als Grund dieses Forums genannt.

Die Parteien, zwischen denen ein Rechtsstreit sich erhebt, können verschiedene Fora haben: an wessen Forum ist hier die Sache anzubringen? Oben ist die Competenz so bestimmt worden: die Person, deren Rechtsverhältnisse durch richterliches Urtheil festgesetzt werden sollen, muß der Jurisdiction des Magistrats unterworfen sein. Dieß kann allerdings von beiden Parteien gesagt werden, vorzugsweise und der Fassung der Sentenz nach gilt es indessen nur von dem Beklagten, der in derselben condemnirt und absolvirt wird. So ist die Regel entstanden, daß das Forum des Beklagten entscheidet, actor rei forum sequi debet.[i]) Um aber die Competenz einer Behörde wirksam zu

---

f) L. 3 D. de off. praes. (1, 18): praeses in suae provinciae homines tantum imperium habet. — L. 190 D. de V. S. (50, 16): provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos, qui ex provincia oriundi sunt. (Diese Stelle geht jedoch nach der Inscription auf das Eheverbot, nicht die Gerichtsbarkeit des Statthalters. Auch die Zweifel, welche Savigny, System VIII, 51 a wegen der Provinz Aegypten erhoben hat, sind ungegründet. Die Nomen, in welche das Nilthal getheilt war, sind in ihrer Art eben so streng geschlossene Corporationen mit Gerichtsbarkeit, wie Alexandria: Kuhn, Beitr. zur Verf. des röm. Reichs 1849. S. 154. 194. 204. Die Eigenschaft eines Genossen ist also auch in den Provinzen ein Competenzgrund, nur ist sie nicht auf die Provinz im Ganzen, sondern die einzelnen Gemeinden und Convente zu beziehen, bei welchen letztern auch der Ausdruck forum zuerst angewendet wird, z. B. bei den Evocationsprivilegien der sicilischen Städte und Convente. Cic. Verr. III, 15, 38 iura Siculorum: ne extra suum forum (II. 15. 38) vadimonium promittere cogantur und der Insel Cypern ad Att. V. 21, 6: evocari ex insula Cypro non licet. Vgl. Bd. 1 §. 67 f. R.)

g) L. 29 D. ad munic. (50, 1): incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est, nec tantum municipali iurisdictioni in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus muneribus publicis fungi debet.

h) Adoption, Manumission, Aufnahme als Bürger L. 7 C. de incolis (10, 39).

i) Vat. fragm. 325. 326. L. 2 C. de iurisdict. (3, 13) Rescripte von Diocletian. Die Regel ist dann auch auf die Processe ausgedehnt worden, in welchen

machen, mußte noch eine thatsächliche Voraussetzung hinzukommen, nämlich daß der Beklagte sich an dem Ort des Forums entweder treffen ließ, oder Güter in dem Jurisdictionsbezirk besaß, weil nur in einem dieser Fälle eine Einleitung des Verfahrens gegen ihn möglich war (§. 160). Ja der Aufenthalt an dem Orte des Forums sollte sogar zuweilen als nicht bestehend angesehen werden. Wenn jemand in Angelegenheiten seines Municipiums (als legatus) in Rom anwesend ist, so soll er bei dem Prätor (in seiner Eigenschaft als civis romanus) nur wegen solcher Verbindlichkeiten belangt werden können, die er für die Zeit seiner Legation übernommen hat,[k]) für andere Fälle hat er das ius revocandi domum, wenn er verspricht, in seiner Heimath an einem bestimmten Tag sich zu stellen.[l])

Das Forum der Origo und das des Domiciliums sind aber nicht die einzigen. Vor allem kann durch Uebereinkunft beider Parteien, auch durch stillschweigende, indem sie wissentlich vor ihr sich einlassen, eine nichtcompetente Behörde competent werden,[m]) was durch die lex iulia iudiciorum bestätigt worden ist.[n]) Diese Competenz in Folge von Uebereinkunft entsteht durch die wirkliche Anhängigmachung des Processes, also durch die Litis Contestatio (§. 172), nicht schon durch das Erscheinen vor dem Magistrat;[o]) die bloße vorausgehende Uebereinkunft für sich verpflichtet noch keineswegs, sie entzieht dem, der sich bei dem incompetenten Gericht einzulassen versprochen hat, nicht den Einwand der Incompetenz, die praescriptio fori.[p]) Dagegen kann die Uebereinkunft, wie durch die Litis Contestatio, so auch durch die stipulatio iudicio sisti (§. 160) Kraft erhalten. Es giebt aber noch einen dritten Weg, wie durch Ueber-

---

keine eigentliche Condemnation erfolgt Dioclet. L. 3. 4 C. ubi causa status agi debeat (3, 22).

k) L. 3 D. de legation. (50, 7.)

l) L. 2 §. 3—6 L. 8. 24—28 D. de iudic. (5, 1) u. a.

m) Man nennt diesen gewillkührten Gerichtsstand forum prorogatum.

n) L. 1. 2 pr. §. 1 D. de iudic. (5, 1.) o) Vgl. L. 33 D. eod.

p) African. L. 18 D. de iurisd. (2, 1.) Um diese Stelle anders zu verstehen, muß man etwas hineinlegen, was weder explicite noch implicite darin gesagt ist; dazu ist kein Grund vorhanden. Justinian hat dem Verzicht auf die praescriptio fori, wenn er bei dem Contract selbst geschehen ist, volle Wirkung beigelegt L. 29 C. de pactis (2, 3). Dadurch ist allerdings der Sinn jener Stelle des Africanus als Bestandtheil der justinianischen Legislation, modificirt, aber nur so weit, daß wir sie von einem abgesonderten Pactum zu verstehen haben.

einkunft eine Behörde competent werden kann. Er besteht darin, daß ein bestimmter Zahlungsort zwischen Gläubiger und Schuldner verabredet wird. Dieß beruht auf folgendem Princip. Wenn der Richter condemnirt, also ausspricht, daß der Beklagte zu leisten schuldig sei, so geschieht dieß ohne Benennung eines Orts, mithin versteht es sich von dem Ort des Gerichts, der Kläger daher, indem er auf Condemnation des Beklagten anträgt, fordert dessen Leistung an dem Ort der Condemnation. Deshalb muß er, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners auf einen bestimmten Ort geht, an diesem seine Klage anstellen, weil er sonst, dem Ort nach, etwas anderes fordern würde, als der Schuldner zu leisten hat, und darum abgewiesen werden müßte.[q] Wie also bei nichtbestimmtem Erfüllungsort dieser, wenn es zum Proceß kommt, durch den Gerichtsort gegeben wird, so giebt umgekehrt der bestimmte Erfüllungsort das Forum, und die Parteien stellen durch Verabredung eines Zahlungsorts ein besonderes Forum für den künftigen Rechtsstreit über diese Obligatio auf.

Aber die römischen Juristen giengen noch weiter. Wegen jener thatsächlichen Voraussetzungen für das Anbringen einer Klage, der Anwesenheit des Beklagten oder des Besitzes von Gütern in dem Gerichtsbezirk, wodurch die Verfolgung der Rechte beschränkt ist, mußte es angemessen erscheinen, die Fora zu vermehren. Sie nahmen daher überhaupt und unabhängig von einer besonderen Uebereinkunft an, daß da, wo die Erfüllung einer Obligatio geschehen sollte, auch die gerichtliche Forderung eintreten könne. Daher kann jemand auch

q) Nur wenn der Gegenstand der Forderung ein incertum ist, und überdieß (denn jenes reicht für sich noch nicht hin L. 7 §. 1 D. de eo quod certo loco (13, 4) die Forderung eine solche ist, bei welcher der Richter angewiesen wird, die Ansprüche der Parteien ex fide bona nach den Umständen festzusetzen (§. 165), kann auch an einem andern Ort geklagt werden, weil der Richter hier mit besonderer Berücksichtigung des Orts entscheiden kann L. 7 pr. D. eod. L. 5 pr. D. commod. (13, 6.) Dieselbe Befugniß aber kann dem Richter auch bei strengen Klagen gegeben werden, durch die Aufgabe, seiner Sentenz einen Bescheid über die Ansprüche rücksichtlich des Orts vorausgehen zu lassen (§. 166), und in Gemäßheit dieses Arbitriums und des Gehorsams oder Ungehorsams des Beklagten gegen dasselbe seine Sentenz einzurichten Dig. XIII. 4: de eo quod certo loco dari oportet. Dadurch wurde der Gläubiger in den Stand gesetzt, auch außer dem Erfüllungsort, an dem sich der Beklagte vielleicht nicht treffen ließ, also an dem forum domicilii oder originis desselben zu klagen L. 1 D. eod.

da belangt werden, wo er das ihn verpflichtende Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß eingegangen hat.[r]) Dieses Forum, das mit den persönlichen concurrirt, wird, jenem Princip gemäß, nicht durch das Moment des Geschäftsabschlusses allein begründet, es fällt weg, wenn den Parteien nicht die Absicht der Leistung an diesem Ort unterstellt werden kann;[s]) ja die vertragsmäßige oder gesetzliche Bestimmung des Erfüllungsortes reicht für sich allein hin, das Forum zu begründen, gleichviel ob das Geschäft an diesem Ort errichtet, und ob überhaupt ein Contract der Obligation das Dasein gegeben hat, oder nicht.[t])

So wie der Besitz eines Grundstücks regelmäßig nicht zu den munera verpflichtet, mit Ausnahme der auf die Grundstücke gelegten Abgaben,[u]) so unterwirft er auch nicht der Jurisdiction,[v]) auch nicht in Beziehung auf die Vindication dieser Sache. Es ist jetzt entschieden, daß das forum rei sitae zur Zeit der römischen Juristen, ja noch unter Diocletian, nicht bestand.[w]) Erst später, wahrscheinlich durch ein Gesetz von 385,[x]) ist verordnet, daß die Vindication

r) So am Ort des Contracts (daher von den Neuern forum contractus genannt), an dem Ort der geführten Verwaltung, aus welcher er belangt wird (s. g. forum gestae administrationis), an dem Ort des ehelichen Lebens, wo eine Forderung auf die Ehe sich gründet, L. 19. 65. D. de iudic. (5, 1.)

s) L. 19 §. 2 eod.

t) L. 21 D. de O. et A. (44, 7) L. 3 D. de rebus auct. iud. poss. (22, 5): — contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia. L. 20 D. de iud. (5, 1): omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicunque aliquis obligetur, contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur. L. 50 pr. eod. Ueber das Princip und die Voraussetzungen dieses Forums vgl. J. A. M. Albrecht über das Motiv des Forum Contractus 1845. (welcher jedoch S. 29—32 irrig einen gesetzlichen Erfüllungsort und Gerichtsstand da annimmt, wo die bewegliche Sache sich zufällig befindet, als ein forum rei sitae bei persönlichen Klagen. Er verwechselt den Gerichtsstand mit dem Restitutionsort, der Wohlthat des Schuldners bei arbiträren und b. f. Klagen, die Sache nicht auf seine Gefahr und Kosten an den Klagort schaffen zu dürfen, die aber wie alle Benefizien durch Dolus [unredliche Entfernung] verloren geht: L. 10—12 de R. V. (6, 1) L. 38 de iud. (5, 1) L. 11 §. 1 ad exhib. (10, 4) Savigny, Syst. VIII § 370. S. 211. 232. R.)

u) L. 6 §. 5 D. de muner. (50, 4.)

v) Auch in dieser Rücksicht wird gesagt: sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit L. 17 § 13 D. ad munic. (50, 1.)

w) Vat. fragm. 326 (vom J. 293).

x) L. 3 C. ubi in rem actio (3, 19).

einer (unbeweglichen oder beweglichen) Sache da soll angebracht werden können, wo sie sich befindet.

B. Die Judices.

CLIII. Das officium iudicis enthält das, was wir uns als die reellen und wesentlichen Functionen des Richteramts denken. Seine Bestandtheile sind die cognitio und die sententia. Das Eigenthümliche der Stellung des Richters im alten römischen Proceß bestand nur darin, daß ihm die Streitpunkte mehr oder weniger speciell durch die Thätigkeit des Magistrats festgestellt, daß der Rechtsstreit ihm als ein schon geformtes Ganzes überliefert wurde. Es wäre daher ein Irrthum, wenn man die römischen Judices mit den heutigen Geschwornen vergleichen, und sich vorstellen wollte, sie seien bloß mit der Untersuchung des Factischen beschäftigt gewesen, die Rechtssätze seien ihnen durch das Verfahren in iure vorgezeichnet worden. Von der Unrichtigkeit dieser Vorstellung könnte die erste beste der Reden, welche Cicero in Civilsachen gehalten hat, überzeugen; dasselbe aber ergiebt sich auch aus der Beschaffenheit des Verfahrens in iure, welches keineswegs geeignet war, alle rechtlichen Erörterungen vor dem Judex rechtlich auszuschließen. Der Magistrat entschied allerdings über die allgemeine rechtliche Begründung des Anspruchs, indem er die Klagen und Einreden zuließ, und das Judicium ordnete, aber selbst bei der allereinfachsten Klage, der auf eine bestimmte geschuldete Geldsumme, konnte sich noch mancher Anlaß zu rechtlichen Fragen im Judicium finden,[a]) noch mehr war dieß der Fall bei den Klagen, in welchen durch die Anweisung, zu untersuchen, was eine Partei der andern ex fide bona zu leisten habe, dem Richter ein weites Feld rechtlicher Erwägungen geöffnet war, und eben so bei dinglichen Klagen, z. B. der rei vindicatio, wo der Richter nur im allgemeinen angewiesen war, zu untersuchen, ob der Kläger Eigenthümer sei, wo also die ganze Rechtstheorie der einzelnen Erwerbsarten in Frage kommen konnte. Daß der Judex vorzugsweise mit dem Factischen zu thun hatte, können wir daher nur in demselben Sinn behaupten, wie von jedem heutigen Richter auch, insofern nämlich, als weit öfter die Facta als die anzuwendenden Rechtssätze in den Processen bestritten sind, und daher der Beweis

---

a) Ein Beispiel giebt die Rede des Cicero pro Roscio comoedo.

der Thatsachen, welcher in das Verfahren vor dem Judex fällt, der den Ausgang des Rechtsstreits entscheidende Punkt zu sein pflegt. Man kann sagen, das Institut der römischen Judices beruht auf ähnlichen politischen Motiven, wie das der Geschwornen, aber die Ausführung des Gedankens ist in beiden eine ganz verschiedene.

Das Judicium, an welches der von dem Magistrat vorbereitete und zurechtgelegte Rechtsstreit gelangt, ist entweder ein ständiges, welches nicht bloß für die einzelne Sache ernannt und gebildet ist, und hier war es wohl von jeher ein Collegium, vor dem verhandelt und von welchem entschieden wurde, oder es wurde von dem Magistrat erst für diesen Proceß unter Mitwirkung der Parteien bestellt, aus einer gegebenen Anzahl dazu befähigter Personen, und hier kommt sowohl eine Mehrheit von Richtern, als auch die Ernennung eines Einzelrichters vor.

Es ist im zweiten Buch gezeigt worden, wie anfangs das Collegium der Pontifices das Gericht in Rechtsstreitigkeiten war (Bd. I §. 41 a. E.), und wie seine ausschließliche Function durch die Einführung der iudices decemviri oder decemviri litibus iudicandis aufhörte (§. 40). Neben das Decemviralgericht trat noch ein zweites, zahlreicheres, das der centumviri.[b] Die Nachrichten über dieses Gericht sind so abgerissen, unvollständig, und zum Theil von zweifelhafter Glaubwürdigkeit, daß es schwierig ist, zu einem befriedigenden Resultat aus ihnen zu gelangen. Das Sicherste ist, von der späteren Gestaltung desselben auszugehen, soweit sie sich aus gleichzeitigen Berichten erkennen läßt.

In der dritten Periode bestand das Centumviralgericht als ein angesehener, vielbeschäftigter Gerichtshof, besonders in Erbschafts-

b) Das Centumviralgericht ist theils in Beziehung auf seine Entstehung, theils hinsichtlich seiner Competenz Gegenstand vielfacher Erörterungen gewesen: besondere Schriften darüber sind: Sibrand. Siccama, de iudicio centumvirali libri II 1596. Zepernick, de causis centumviralib. 1776 (als Anhang zu der neuen Ausg. des Siccama). Bethmann-Hollweg, über die Competenz des Centumviralgerichts (1825), Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. V. 11. Heffter, de iudiciis centumviralibus (in seiner Ausgabe des vierten Buchs des Gaius 1827 S. 31–41). C. A. Schneider, de centumviralis iudicii apud Rom. origine 1835. Zumpt über Ursprung, Form und Bedeutung des Centumviralgerichts in Rom 1838. Huschke, Recension dieser Schrift, Krit. Jahrbb. für D. Rechtswiss. 1839 S. 475—93. Vgl. Desselben Servius Tullius S. 585—610. (Krug) über Legis Actiones und das Centumviralgericht der Römer 1839. Vgl. auch noch Bachofen, de rom. iudiciis civ. 1840 p. 11 sqq.

streitigkeiten, unter denen wieder die Fälle der Anfechtung eines Testaments wegen unbilliger Enterbung sich auszeichnen.[c]) Ja es kommt nach Cicero keine Stelle vor, aus der sich entnehmen ließe, daß die Centumvirn in andern als in Erbschaftsprocessen gerichtet hätten.[d]) Wenn wir hiernach annehmen, daß in der dritten Periode die Competenz des Centumviralgerichts auf diese Processe sich beschränkte, so läßt sich dafür sogar ein bestimmtes Zeugniß anführen, welches, wenngleich ein nichtjuristisches und erst aus dem Ende des vierten Jahrhunderts, doch in Zusammenhang mit den übrigen Nachrichten nicht ohne Bedeutung ist.[e]) Für die frühere Zeit dagegen ist diese Beschränkung nicht zu behaupten; schon bei Cicero zwar gehören alle einzelnen Fälle, die er erwähnt, den Erbschaftssachen zu, und wir mögen daraus entnehmen, daß in ihnen schon damals die regelmäßige Function des Gerichts bestand, aber in einer allgemeinen Stelle sagt er, daß in den causae centumvirales (außer

---

c) S. die zahlreichen Stellen, welche von diesen Rechtsstreiten als causis centumviralibus theils im allgemeinen, theils in Beziehung auf einzelne Beispiele sprechen, bei Hollweg a. a. O. S. 376 ff. Zumpt a. a. O. S. 18 ff.

d) Man hat Gai. IV. 95 als eine solche Stelle angeführt, worin von dem Centumviralgericht in einem einfachen Eigenthumsproceß die Rede sei. Dieß ist nicht richtig. Gaius handelt an jenem Ort von der Caution, die der Beklagte bei der in rem actio zu leisten hat. Er führt §. 93 das Beispiel einer Eigenthumsklage an, aber was er sagt, gilt nicht bloß von dieser specialis in rem actio, sondern auch von der de universitate, der Erbrechtsklage. In diesem Zusammenhang erwähnt er den Proceß vor dem Centumviralgericht, es ist daher gar kein Grund vorhanden, zu glauben, er habe eine Eigenthumsklage im Sinn gehabt.

e) Hieronymus (ep. ad Domnionem, 50 ed. Vallars.), indem er seinen Spott über einen anmaßlichen Widersacher ergießt, der bei den großen Talenten, die er sich zuschreibe, ohne Zweifel in weltlichen Geschäften eine mächtige Rolle hätte spielen und die Gerichte beherrschen können, sagt: liberatus est mundus a periculo, et hereditariae vel centumvirales causae (bei dieser Erwähnung hat er wahrscheinlich Luc. 12, 14 im Sinn) de barathro erutae, quod hic forum negligens se ad ecclesiam transtulit. — Auch der Umstand sprich dafür, daß für das sacramentum bei Centumviralsachen Gaius lediglich die höhere Summe von 125 Sesterzen (500 Asses nach den Zwölf Tafeln, wenn das Streitobject 1000 Asses und darüber beträgt) angiebt, eine Erbrechtsklage wird nie ein geringeres Object als 1000 Asses haben, Gai. IV. 95 cf. 14. (Denn die einzelne Sache zwar, die der Beklagte besitzt und die zunächst der Gegenstand der Klage ist, mag allenfalls von geringerem Werth sein, aber der Streit bezieht sich doch unmittelbar und in seinen Folgen zugleich auf die ganze Erbschaft, und schon um der Unsicherheit der Schätzung dieser werden die Rechtskundigen von jeher die höhere Summe für solche Klagen angenommen haben.) Auch Justinian L. 12 C. de H. P. (3, 31) identificirt Centumviral- und Erbschaftssachen.

andern, deren Beziehung auf Erbstreitigkeiten klar ist) die iura alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum zur Sprache kämen, ceterarumque rerum innumerabilium, fügt er hinzu.[f]) Daraus folgt, daß in früherer Zeit auch Processe über das Eigenthum, wenigstens über Grundeigenthum, vor den Centumvirn verhandelt wurden,[g]) und dafür spricht denn auch, daß Gaius die hasta, welche bei den Centumviralprocessen aufgesteckt wurde, daraus erklärt, daß der Speer als Zeichen des rechten Eigenthums gegolten habe.[h])

Eine Eigenthümlichkeit des Gerichts war seine Abtheilung in vier consilia, welche eben so viele Gerichtshöfe (hastae, tribunalia, iudicia) bildeten. Nun kommt es vor, daß eine Sache vor einem, vor zwei (duplex iudicium), und vor den vier vereinigten Abtheilungen (quadruplex iudicium) verhandelt wurde.[i]) Bei dem mehr-

---

f) Cic. de orat. I. 38.

g) Nicht dagegen läßt sich daraus auf Servitutenklagen schließen, denn die parietum, luminum, stillicidiorum iura kommen auch bei der Eigenthumsfrage vor, so gut als die nexa und mancipia, aus deren Erwähnung eben so wenig auf die Competenz für persönliche Klagen geschlossen werden kann.

h) Gai. IV. 16. (Die scheinbare Competenzverschiedenheit in der frühern und spätern Zeit erklärt sich so. Den ältesten und wichtigsten Bestandtheil der hereditas bildeten die heredia, d. h. die dem Geschlecht [nomen] erb und eigenthümlich assignirten Theile des Staatsbodens, welche der Gens weder durch ein unbilliges Testament des jetzigen Besitzers entzogen, noch auch durch die Frauen, es sei testato oder intestato, in eine andere Gens übertragen werden konnten: Rudorff, in den Schriften der römischen Feldmesser II [1852] S. 302 f. Diese Grundeinrichtung des Staats hatte, eben weil sie dieß war, ein aus Grundbesitzern aller Tribus zusammengesetztes Volksgericht zu schützen: Cic. de lege agr. 2, 17. 44 populi romani hereditatem decemviri iudicent, cum vos volueritis de privatis hereditatibus centumviros iudicare? So erklärt sich zugleich die Erwähnung der iura tutelarum und gentilitatum unter den Centumviralsachen (Note f). Das bewegliche Vermögen, obgleich es bei steigendem Reichthum immer wichtiger wurde, galt hier nur als Erweiterung jenes publizistischen Kerns der hereditas, wie man auch die Erbtheilungsklage fortwährend als eine Verhandlung inter consortes [unter Unzialeigenthümern eines Fundus] betrachtete III. §. 314 ll. mm, bis man endlich von den Bestandtheilen der hereditas ganz abstrahirte und bloß noch auf ihren Werth [III. §. 320 b], oder wie es im prätorischen Edict von Julian geschieht darauf sah, daß sie als Vermögensganzes vor den einzelnen Bestandtheilen, sowie vor dem Fundus den Vorrang hat. R.)

i) Ein quadruplex iudicium wird erwähnt bei Plin. ep. I. 18. IV. 24. VI. 33; ein duplex bei Quintilian. Inst. or. V. 2. XI. 1, 78; ein mehrfaches überhaupt Val. Max. VII. 7, 1; ein einfaches bei Quintil. XII. 5 und wohl auch Plin. ep. II. 14.

fachen Gericht wird erzählt, daß jemand seinen Proceß vor allen Consilia,[k] oder bloß vor einigen gewonnen, vor andern verloren habe.[l] Man hat hier die Wahl zwischen zwei Ansichten; nach der einen erhob man den Proceß gewöhnlich vor Einem Consilium, und konnte von dessen Ausspruch an ein duplex, von diesem an ein quadruplex iudicium, provociren, doch war auch gestattet, die Sache gleich von Anfang zur definitiven Entscheidung vor alle Consilien zu bringen,[m] nach der andern wurde die Verhandlung einer Sache vor mehreren Consilien nur dadurch veranlaßt, daß sie durch eine Mehrheit von Parteien in mehrere Processe zerfiel, wie namentlich, wenn in dem mit der querela inofficiosi anzufechtenden Testament mehrere Erben eingesetzt waren, wo es denn geschehen konnte, daß der Kläger gegen den einen gewann, gegen den andern verlor, also in dem einen Consilium seinen Anspruch durchsetzte, in dem andern abgewiesen wurde.[n] Diese letztere Ansicht scheint mir den Vorzug zu verdienen, und allein mit den Stellen der Note l in Einklang zu sein, nur muß dabei die Möglichkeit vorausgesetzt werden, daß bei der Verhandlung zur Erleichterung des Klägers und seiner Patroni alle in Anspruch genommenen Consilia vereinigt wurden, damit nicht dieselben Reden vor allen einzelnen zu halten waren; sodann war es vielleicht gestattet, bei bedeutenden Sachen auch ohne diese Veranlassung auf eine Vereinigung aller Consilien in Eines anzutragen. Das Geschäft, die Consilia aus der Masse der Centumvirn zu bilden, was für jede Sitzung sich wiederholte, hatten seit August die Decemvirn.[o] Zu einem quadruplex iudicium gehörten zu Plinius Zeit 180 Richter, also 45 auf ein Consilium,[p] es ist damit keineswegs gesagt, daß dieß die Zahl aller der zu Centumvirn Ernannten gewesen sei. Festus erwähnt für die frühere Zeit 105 (Note s), ob als eine beglaubigte Thatsache, ist nicht gewiß. Aus dem Namen des Gerichts wäre zu entnehmen, daß ein Cen-

k) Val. Max l. c.

l) Plin. ep. VI. 33. L. 15 §. 2 L. 24 D. de inoff. test. (5, 2.)

m) Huschke, in den Krit. Jahrbb. 1839 S. 484 f.

n) Zimmern, der röm. Civilproceß §. 15 Note 8.

o) Sueton. Octav. 36: — ut centumviralem hastam, quam quaestura functi consuerant cogere, decemviri cogerent. Plin. ep. V. 21. Dio Cass. LIV. 26.

p) Plin. VI. 33: — sedebant iudices centum et octoginta, tot enim quattuor consiliis conscribuntur.

silium ursprünglich 25 Richter enthielt, wenn nicht von jeher die Benennung eine ungenaue war.[q] Uebrigens geht aus der jedesmaligen Bildung der Consilia hervor, daß das Centumviralgericht zwischen reinständigen und von dem Prätor bestellten Gerichten in der Mitte stund.

Bei der Frage nach dem Alter des Centumviralgerichts ist kein Gewicht zu legen auf die Aeußerung des Pomponius, der nach der Peregrinenprätur die Decemvirn und ihre Verbindung mit dem Centumviralgericht erwähnt, die entschieden erst unter August eingetreten ist,[r] und keinen viel bessern Haltpunkt gewährt der epitomirte Festus, welcher die Zahl von 105 durch eine angebliche Wahl von drei aus jeder der 35 Tribus herausrechnet.[s] Weit bedeutender ist der Umstand, daß der Centumviralproceß noch in der dritten Periode durch Legis Actio eingeleitet wurde;[t] dieß setzt voraus, daß

q) So sagt Varro (de re rust. II. 1) von einer gewissen Zahl, man müsse es damit so wenig allzugenau nehmen, als wenn von tausend Schiffen, die nach Troja gefahren wären, oder von einem Centumviralgericht zu Rom die Rede sei.

r) L. 2 §. 29 D. de orig. iur. (1, 2): deinde cum esset necessarius magistratus, qui hastae praeesset, decemviri litibus iudicandis sunt constituti. (Seitdem kommt das Amt auch auf Inschriften vor: Orelli n. 133. 890, auch die Note bei Valerius Probus: STLITIBUS litibus, quod inventum est apud Ferentum in civitate Histonio ist epigraphischen Ursprungs: die Histonische Inschrift in Mommsen's inscr. Neapolit. 1852 No. 5244 ergiebt den Titel mehrere Mal, der ächte Probus (Mommsen, notarum laterculi p. 271) hat sie nicht. Auf einem Mißverständniß des lateinischen Originals aber beruht die griechische Uebersetzung τῶν [δέ]κα ἀνδρῶν τῶν τὰ φοινι[κ]ὰ δικασάντων in einer argolischen und spartanischen Inschrift bei Boeckh, corp. inscr. Tom. I p. 1133. 1327, aus welcher man sehr mit Unrecht auf eine Criminaljurisdiction der Decemvirn geschlossen hat. R.)

s) Paul. Diac. ex Festo: Centumviralia iudicia a centumviris sunt dicta. Nam quum essent Romae triginta et quinque tribus, quae et curiae sunt dictae, terni ex singulis tribubus sunt electi ad iudicandum, qui centumviri appellati sunt, et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti. Die irrige Verwechselung der Curien und Tribus wiederholt er unter dem Wort curiae; aus dem Zusatz: quae et curiae sunt dictae, der außerdem ganz überflüssig war, möchte man schließen, er habe in seiner Quelle etwas von Curien beim Centumviralgericht gelesen, welches er sodann auf die Tribus, die ihm zu seiner Rechnung besser paßten, übertrug.

t) Gell. XVI. 10: — omnisque illa XII tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege aebutia lata consopita sit —. Gai. IX. 31: cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento —.

die Entstehung des Gerichts in die Zeit fällt, wo diesem Verfahren noch nicht ein anderes substituirt oder an die Seite gesetzt war, für ein neueres Gericht würde sicherlich das neuere, stets mehr überhand nehmende Verfahren constituirt worden sein. [u]) Daß seine Einführung den Zwölf Tafeln zuzuschreiben sei, wie Zumpt will, ist eine nicht näher zu begründende Möglichkeit, noch weniger wahrscheinlich ist die Ansicht Niebuhr's, der sie in die Zeit des Königs Servius hinaufrückt (Bd. I §. 49).

Bei der bisher dargelegten Beschaffenheit unserer Nachrichten über das Centumviralgericht kommt es darauf an, die vereinzelten Notizen wo möglich in ein Bild zusammenzufassen, für das sich zwar keine der Gewißheit sich annähernde, aber doch immer eine Wahrscheinlichkeit, bei der man sich etwa beruhigen kann, behaupten läßt. Es giebt Rechtsstreitigkeiten, deren Gegenstand ein unmittelbar öffentliches Interesse dadurch hat, daß es sich dabei um Rechte handelt, von denen die Stellung des Bürgers abhängt. Dieß sind die über die Persönlichkeit eines Bürgers (caput civis), und seit der servianischen Verfassung über den Theil des Vermögens, nach welchem die öffentlichen Leistungen sich bestimmten. Vor Servius gehörten jene vor die Pontifices zwar, aber in jener öffentlichen Beziehung mit Recurs an die Curiatcomitien, hinsichtlich der Vermögensachen galt dasselbe nur von den Erbschaften, als der am nächsten mit dem Caput zusammenhängenden. [v]) Diese Einrichtung paßte nicht für die Plebejer, und für die Ausdehnung des öffentlichen Interesses auf Eigenthumsprocesse. Für jene Rechtssachen, also wenn über das Caput oder jenes die öffentlichen Leistungen bestimmende Eigenthum gestritten wurde, [w]) setzte Servius ein Gericht ein, für

u) Es ist eine ungeschickte Vorstellung (zu der die Stelle des Gellius Note t die ganz unschuldige Veranlassung geworden ist), daß die Lex Aebutia selbst das Centumviralgericht eingesetzt habe; der Gesetzgeber hätte gleichsam aus Mitleid mit den aus ihrer ausschließlichen Herrschaft von ihm vertriebenen Legis Actiones ihnen ein neues Feld der Existenz durch die Erfindung eines Gerichts, für welches sie nothwendig sein sollten, eröffnet.

v) Aus der Arrogation und dem Testament vor den Curiatcomitien muß auf eine ursprüngliche contentiose Gerichtsbarkeit in denselben Sachen geschlossen werden.

w) Also abgesehen von einem Criminalproceß de capite, der dem comitiatus maximus zugewiesen wurde. (Einem solchen wird die Centumviralsache entgegengesetzt, Plin. ep. V. 1. verebantur quod videbant multis accidisse, ne ex centumvirali iudicio capitis rei exirent. R.)

welches, wenn es in solchen Sachen richtete, die hasta das Zeichen war, als das Symbol der öffentlichen Leistungen. Es trat an die Stelle der Pontifices und der Curiatcomitien, deren Functionen nur noch bei nichtstreitigen Rechtssachen jener Art (Note v) blieben. Dieses iudicium hastae waren die Decemvirn, die aber auch in andern Fällen, also in reinen Privatsachen richteten (mithin ohne hasta), wofern nicht besondere Richter bestellt wurden. Die Möglichkeit solcher von dem Magistrat zu bestellender Richter wurde bald erweitert (§. 154), und dadurch das Decemviralgericht immer mehr auf die hasta beschränkt. Endlich wurde neben dem Decemviralgericht für die hasta in Vermögensrechtssachen das Centumviralgericht eingesetzt, und dessen Wahl den Tributcomitien übertragen. Die Decemvirn behielten das Gericht lediglich in Rechtsstreitigkeiten über das caput, [x]) die übrige hasta gieng auf die Centumvirn über. Zuletzt verlor sich das Bewußtsein der politischen Bedeutung der hasta, aus welcher der Gegensatz von iudicium privatum gegen das centumvirale sich herschreibt, Eigenthumssachen aller Art konnten seit der Lex Aebutia vor privati iudices kommen, auch die centumvirales causae wurden lediglich von dem privatrechtlichen Gesichtspunkt aufgefaßt, die Thätigkeit der Centumvirn beschränkte sich mehr und mehr auf Erbschaftssachen, unter denen wiederum die querela inofficiosi testamenti ihre vornehmste Aufgabe blieb, da diesen das alte Ansehen des Gerichts und die theils daraus theils aus der ursprünglich politischen Richtung sich ableitende Freiheit der Beurtheilung besonders zu Statten kam.

CLIV. Richter, welche für den einzelnen Fall von dem Magistrat bestellt wurden, also das officium iudicis nicht vermöge eines über diesen einzelnen Rechtsstreit hinausreichenden Amts hatten, und die daher als iudices privati jenen ständigen Richtern entgegengesetzt werden, kommen in Rom schon frühzeitig vor. Vor allem konnte die Zulassung solcher Privatrichter für eine Partei wünschenswerth erscheinen, wenn sie vielleicht in die Willigkeit des öffentlichen und ständigen, das wahre Recht zu finden und auszusprechen, Zweifel setzte; hätte das öffentliche Gericht auch regelmäßig keine Veranlassung zu solchen Befürchtungen gegeben, so war doch die unbedingte

x) Cic. pro Caec. 33. Or. pro domo 29.

Nothwendigkeit desselben, und die Ausschließung jedes andern bedenklich. Sodann konnte eine Rechtssache von der Beschaffenheit sein, daß ihre Beurtheilung besondere, bei den gewöhnlichen Richtern nicht vorauszusetzende Sachkenntnisse erheischte, oder daß sie eine freiere und arbiträrere Beurtheilung in Anspruch nahm, als einem Richter einzuräumen gerecht war, auf dessen Wahl die Parteien keinen Einfluß hatten, endlich führte der Verkehr mit Auswärtigen, welcher nicht den ständigen römischen Gerichten und der für römische Bürger bestimmten Verhandlungsweise übergeben werden konnte, bestellte Richter herbei.

Die erste dieser Veranlassungen scheint der lex pinaria zu Grunde zu liegen (Bd. I §. 53), welche bei der Legis Actio durch Sacramentum den Parteien zugestand, auf die Bestellung eines Judex (wenigstens bei persönlichen Klagen) anzutragen, den sie von dem Prätor am dreißigsten Tag nach der Legis Actio erhielten. [a]) — Aus dem zweiten der angegebenen Gründe wurde eine eigene Legis Actio,

---

a) Gai. IV. 15. (Mit noch größerer Gewißheit muß das Recht, auf einen Judex anzutragen, für die in rem actiones behauptet werden: Pseudo Asconius [p. 164, 6 Orell.] las sogar nur diese Anwendung im Gaius: namque *cum in rem aliquam agerent* litigatores et poena se sacramenti peterent, poscebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem. Ueber die Einrechnung der Schaltzeit in die von der Lex Pinaria eingeschobene dreißigtägige Frist enthielt dieses Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung: Macrob. Sat. I. 13: antiquissimam legem fuisse incisam in columna aerea a L. Pinario et Furio consulibus [282], cui mentio intercalaris adscribitur [vgl. L. 2 D. de div. temp (14, 3.)], Cato de re rust. c. 150. Die lex rupilia [Bd. I §. 66a] übertrug das dreißigtägige Intervall zwischen der Postulatio und Datio des Judex auch auf die Provincialjurisdiction [Cic. Verr. 2, 2. 15 quod lex rupilia vetaret diebus triginta sortiri dicam, quibus scripta esset]. Auf die Annahme des Judex, die contestatio litis, folgte die Vertagung auf den dritten Tag [comperendinatio, vgl. lex XII tabb. §. 160 d. I. Gai. IV. 15: comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant. Paul. ex Festo s. v. res comperendinata significat iudicium in diem tertium constitutum. Cic. pro Mur. c. 12 diem tertium an perendinum. Valerius Probus I. D. T. S. P = in diem tertium sive perendinum, Savigny, System IV. 604 d.], so daß zwischen dem zweiten Termin vor dem Magistrat und dem Judicium ein freier Tag in der Mitte blieb [Cic. Brut. c. 22 unum, quasi comperendinatus, medium diem fuisse], wie es später durch die Lex Servilia auch für die Repetunden vorgeschrieben wurde. Durch die Bestellung eines Judex wird übrigens die Ansicht derer widerlegt, welche die sacramento actio wesentlich als ein Volksgericht über Privatsachen auffassen: man müßte denn dem privatus iudex mit Asverus [die Denunciatio der Römer 1845, S. 149—168] und Mommsen [Richter's Jahrbb. 1845, S. 876] eine mandata iurisdictio zuschreiben wollen. R.)

die eben auf diese Erbittung eines Richters berechnet ist und davon auch den Namen hat, eingeführt: die legis actio per iudicis arbitrive postulationem. [b]) Die Zwölf Tafeln weisen Gränzstreitigkeiten an drei (ohne Zweifel unter Mitwirkung der Parteien zu ernennende) arbitri, [c]) arbitri entschieden auch, wenn gegen eine Veränderung des Wasserlaufs geklagt wurde, ohne Zweifel ebenfalls nach Vorschrift der Zwölf Tafeln, [d]) dieses Gesetz verordnete ferner drei arbitri: si quis vindiciam falsam tulerit,[e]) d. h. wenn in dem Eigenthumsproceß der, welcher den interimistischen Besitz erhalten hatte (§. 161), unterlag, und daher nun gegen ihn auf Herausgabe der Sache und der Früchte geklagt wurde. Eben so sollten nach diesem Gesetz die Ansprüche des Mündels gegen seinen gewesenen Vormund aus dessen Verwaltung vor arbitri kommen. [f]) Es gab aber eine ganze Reihe von Rechtssachen, in welchen ein gerechtes Urtheil von einer freien und billigen Berücksichtigung mannigfacher individueller Umstände abhieng, Verhältnisse, bei denen die Contrahenten auf gegenseitige Redlichkeit und Billigkeit rechnen mußten, da sich unmöglich alles bei der Abschließung in streng verclausulirte Worte bringen ließ, wo daher auch das Officium Judicis ein freieres sein, und sein

---

b) Es bezieht sich darauf die Formel bei Valerius Probus: iudicem arbitrumve postulo uti des.

c) Cic. de legib. I. 21. Cic. bei Nonius v. iurgium. (Si iurgant, inquit [lex]: benevolorum concertatio, non lis inimicorum, iurgium dicitur. iurgare lex putat inter se vicinos, non litigare. Es sind „Nachbarstreitigkeiten“, die keine feindliche Rechtsstrenge gestatten, die arbitri — von ar = ad und bitere = ire [in rem praesentem] — sind „Ganggerichte“ §. 234 i im Gegensatz der sitzenden Richter im strengen Rechtsstreit: Plin. VI. ep. 33. Ovid. ex Ponto III. 5. Brisson. v. sedere n. 2. Ueber ihr Verhältniß zu den spätern controversiae agrorum s. Rudorff, Schriften der röm. Feldmesser II [1852] S. 422—430. R.) Eben so sind die iudicia communi dividundo und familiae erciscundae arbitria L. 47. 52 D. fam. erc. (10, 2) L. 26 D. comm. div. (10, 3) L. 2 C. comm. utr. (3, 38) L. 8 C. de collat. (6, 20.) Isidor. 5, 25 communis divisio est inter eos, quibus communis res est: quae actio iubet postulantibus iis arbitrum dari, cuius arbitratu res dividantur.

d) Cic. top. 9. L. 24 D. de aqua pluv. (39, 3) L. 23 §. ult. eod. »arbitrium aquae pluviae arcendae«. Vgl. L. 21 pr. D. de statulib. (40, 7.)

e) Festus v. vindiciae. §. 232n. Ein ähnliches arbitrium liti aestimandae war bei persönlichen Klagen nöthig, um die condemnatio in ipsam rem auf eine Geldsumme zu schätzen §. 179t. Vgl. auch Caesar B. G. 5. 1. arbitros inter civitates dat, qui litem aestiment, poenamque constituant. R.)

f) Cic. de off. III. 15. Arbitrium tutelae: Cod. V. 51. vgl. L. 28 §. 2 D. de appell. (49, 1.)

Ermessen über den wörtlichen Inhalt des Geschäfts hinausgehen mußte.[g]) Wenn ein Darlehn gegeben wurde, oder sonst jemand sich als Schuldner für eine Summe oder Sache förmlich bekannte, so war es ganz in der Ordnung, bei dem einfachen Inhalt des Geschäfts streng stehen zu bleiben, und nichts dazu noch wegzuthun, ein läßlicheres Verhalten der Richters wäre der Natur der Sache, der Intention der Parteien selbst, und dem Recht des Klägers zuwider gewesen, der eben um alle Weiterungen abzuschneiden und eine promte Rechtshülfe sich zu sichern, seinen Schuldner bündig sich hatte obligiren lassen. Ganz anders, wenn jemand einem Andern seine Sache für einen besonderen Zweck, in einseitigem oder gemeinschaftlichem Interesse überließ, welche der Empfänger unter gewissen Bedingungen zurückgewähren sollte, eine Verbindlichkeit, die sich nach Umständen mindern (durch schuldlose Verringerung der Sache) und mehren konnte (durch zu erstattende Früchte und sonstige Accessionen), und deren möglicher Inhalt sich durchaus nicht in specielle Verabredungen zum Voraus fassen ließ. In solchen Fällen pflegte man den Geschäften die Clausel beizufügen: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, oder: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem, oder: quod aequius melius, oder: ex fide bona, und diese Ausdrücke wurden auch in die Worte der Klage aufgenommen,[h]) ja es wurde diese Clausel bei manchen Geschäften als ein stillschweigender Bestandtheil angenommen, und ihre richterliche Behandlung demzufolge von der ausdrücklichen Beifügung unabhängig gemacht. In allen diesen Rechtssachen nun war es die legis actio per iudicis arbitrive postulationem, deren man sich bediente, um ein mit weiterer Vollmacht, als das gewöhnliche, ausgerüstetes Gericht zu erhalten. Daher wurden diese Fälle arbitria genannt, ein Theil derselben späterhin bonae fidei iudicia. — Die dritte Veranlassung zur Bestellung von Richtern gab der Verkehr mit Peregrinen, die Recuperatoren (Bd. I §. 83) waren kein ständiger Gerichtshof, sondern wurden für jeden einzelnen Fall von dem Prätor

---

g) L. 7 D. de neg. gest. (3, 5). — tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio. L. 24 D. depos. (16, 3): et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium a r b i t r i, quantum stipulatio —.

h) Cic. de off. III. 15—17. ad fam. VIII. 12.

ernannt, gewöhnlich drei an der Zahl (wie bei den arbitri), nach Umständen auch wohl mehr. Dieses Institut der Recuperatoren verlor später seinen Zusammenhang mit der Peregrinenrechtspflege: in Processen zwischen Römern kommen Recuperatoren, in Peregrinenprocessen Judices vor.

Nach der Zeit der Zwölf Tafeln neigte man sich immer mehr dem Institut der bestellten Richter zu, es wurde immer weiter ausgedehnt, die Thätigkeit der ständigen Gerichte zog sich in immer engere Kreise zurück. Diese Richtung gieng zugleich auf die Uebertragung des officium iudicis an eine einzelne Person; wo früher mehrere bestellt wurden, da wurde es nach und nach (mit Ausnahme der recuperatorischen Gerichte) gewöhnlich, Einen Richter zu geben. So wurde bei einer neuen Legis Actio (per condictionem), welche durch die Lex Silia eingeführt, durch die Lex Calpurnia erweitert wurde, Untersuchung und Urtheil einem bestellten Judex zugewiesen: endlich ließ die Lex Aebutia bei dem neuen Verfahren, das sie einführte, ausschließlich bestellte Richter eintreten, das Decemviral- und Centumviralgericht blieb nur in den Fällen thätig, wo noch das alte Verfahren mit Legis Actio entweder vorgeschrieben war, oder von den Parteien freiwillig gewählt wurde.

Seit der Lex Aebutia classificiren sich die bestellten Richter so. Vor allem sind sie entweder Judices (und unter diesen sind in der späteren Zeit stets Einzelrichter zu verstehen,[i]) oder Recuperatores. Wir wissen von wenigen Sachen mit Bestimmtheit, daß darin Recuperatoren ernannt wurden: bei der iniuriarum actio auf eine arbiträre Geldstrafe nach Aestimation der Injuria bestellte der Prätor Recuperatoren,[k]) eben so bei dem interdictum de vi armata und der actio vi bonorum raptorum,[l]) bei dem Vadimonium, indem der, welcher versprochen hat sich vor Gericht zu stellen, in gewissen Fällen mit Recuperatoren bedroht wird, die ihn, wenn er die Zusage bricht, sofort zu condemniren haben,[m]) bei Ingenuitäts- und

---

i) So setzt Gai. IV. 105 die recuperatoria iudicia denen sub uno iudice entgegen.

k) Gell. XX. 1. Doch scheint dieß nicht durchgängig geschehen zu sein, Rhet. ad Herenn. II. 13. Gai III. 224.

l) Cicero's Rede für den Cäcina, und für Tullius. Eine allgemeine Andeutung, daß bei Interdicten Recuperatoren vorkamen, findet sich bei Gai. IV. 141. m) Gai. IV. 185. Auch wenn das Vadimonium nicht oder nicht gehörig geleistet werden, lex rubria cap. 21 a. E.

damit zusammenhängenden Standesprocessen,[n]) bei der Klage gegen den Freigelassenen, der seinen Patron wider die Vorschrift des prätorischen Edicts in ius vocirt hat.[o]) Aus diesen Beispielen läßt sich unschwer das Princip erkennen, welches im allgemeinen der Wahl dieser Richter zu Grunde lag. Die Competenzbestimmung zwischen Recuperatoren und Judices ist eine ähnliche wie die zwischen den Decemvirn und den bestellten Richtern (§. 153 a. E.), ja in der dritten Periode sind sie für die Quästiones über den Status einer Person geradezu an die Stelle der Decemvirn getreten. Sie traten aber auch überhaupt regelmäßig da ein, wo ein mehr persönliches als vermögensrechtliches Verhältniß in Frage kam, und wo zugleich eine arbiträrere Beurtheilung in Anspruch genommen wurde, als man einem einzelnen Judex in solchen Fällen einzuräumen für sicher hielt. Mit dieser Natur der Recuperatorengerichte hängt es zusammen, daß, wie Huschke es höchst wahrscheinlich gemacht hat, die Municipalmagistrate keine Recuperatoren bestellen konnten,[p]) daß also diese Befugniß nicht als Bestandtheil der iurisdictio (wie die iudicis datio), sondern als Ausfluß des Imperiums betrachtet wurde.

Die Judices im Gegensatz gegen die Recuperatoren sind wieder von doppelter Art: iudices im eigentlichsten Sinn oder arbitri. Diese letzteren wurden ursprünglich wohl meistentheils in der Mehrzahl gegeben, später kam dieß ab, man beschränkte sich regelmäßig auf einen Arbiter, und seit dieser Zeit wurde es immer gewöhnlicher, den Namen Judex auch auf den Arbiter überzutragen. Arbitri nun waren vor der Lex Aebutia die Richter in den oben zusammengestell-

n) Sueton. Vespas. 3: — duxit uxorem — latinaeque conditionis, sed mox ingenuam et civem romanam recuperatorio iudicio pronunciatam. Auch Sueton. Domit. 8: recuperatores, ne se perfusoriis assertionibus accommodarent, identidem admonuit, geht ohne Zweifel auf diese Art von Processen, in welchen die Richter oft willkührlich auf unbegründete Behauptungen hin Freiheit, Ingenuität, Civität anerkannten.

o) Gai. IV. 46. (In der lex agr. v. 37. 38 und der lex collegii aquae Bd. I §. 118 kommen in der Thatfrage: z. B. ob eine Mult verwirkt ist, Recuperatoren in der Mehrzahl und daneben in letzterer noch ein gemeinschaftlicher Recuperator vor. Vgl. darüber Rudorff, Zeitschr. XV. S. 268. Mommsen daselbst S. 350. R.)

p) Huschke in Richter's Jahrbb. 1837 S. 900. In der Lex agraria des Caligula (die man sonst für die lex mamilia hielt) wird dem römischen Magistrat iurisdictio reciperatorumquo datio addictio, dem Municipalmagistrat nur iurisdictio iudicisque datio addictio beigelegt.

ten Fällen, in welchen die legis actio per iudicis arbitrive postulationem zustand. Auch in dem neueren Verfahren blieb diese in der Natur der Dinge gegründete Unterscheidung zwischen Richtern, die theils in Beziehung auf den Gegenstand, in den sie, wenn sie den Beklagten schuldig fanden, zu condemniren hatten, theils in Beziehung auf die Beurtheilung des Rechts oder Unrechts bei den Parteien in enge Schranken eingeschlossen waren, und solchen, denen ein freieres Ermessen in beiden Hinsichten zukam.[q]) Es werden aber zwei Arten von Arbitri unterschieden. Die eine Classe bilden die in arbitrariae formulae, d. h. in solchen Formen bestellten Richter, wonach etwas arbitratu iudicis restituirt oder exhibirt werden soll (§. 166), z. B. in dem Fall, wo nach altem Recht die Klage si quis vindiciam falsam tulerit (s. oben) stattfand. Die andere

---

q) Cicero unterscheidet beide Fälle in Beziehung auf eine gewisse Rechtssache so: eundemne tu arbitrum et iudicem sumebas? eidem et infinitam largitionem remittebas (dem Arbiter), et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas (als Judex)? Quis unquam, fügt er hinzu, ad arbitrum quantum petiit, tantum abstulit? Nemo. Quantum enim aequius esset sibi dari, petiit. Cic. pro Roscio com. 4. vgl. top. 17 a. E. Die Stelle verliert ihre Bedeutung nicht, wenn auch der Arbiter, vor welchen der Proceß des Roscius früher gebracht worden, ein compromissarischer gewesen war (Puchta, Kl. civil. Schrr. 1851. S. 272 ff.). Dann hätte Cicero das von ihm dargestellte Recht des vom Magistrat bestellten Arbiter nur auf jenen übertragen, und es wäre nichtsdestoweniger gewiß, daß er a. a. O. nicht den Schiedsmann dem bestellten Richter (iudex oder arbiter), sondern den (auch bestellten) arbiter dem iudex (im engeren Sinn) entgegenstellt. Ganz anders verhält es sich mit einer Stelle von Seneca (de benef. III. 7), die man versucht sein könnte hieher zu ziehen, da einiges darin auch auf unsern Gegensatz anwendbar zu sein scheint: Ideo melior videtur condicio causae bonae, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit, et certos quos non excedat terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adiicere, et sententiam suam non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere. Was hier von dem iudex gesagt ist, gilt in der That auch von unserem arbiter, auch dieser hat eine formula, die ihm Gränzen vorzeichnet, der Unterschied zwischen ihm und dem eigentlichen Judex liegt nur in dem Umfang des Gebiets, das diese Gränzen einschließen. Auf der andern Seite gilt das, was Seneca von seinem arbiter sagt, nicht von dem unsrigen, bei dem es nicht auf humanitas und misericordia abgesehen ist, und dessen religio keineswegs nullis adstricta vinculis ist. Seneca versteht unter iudex (wie sich auch aus dem ganzen Verlauf seiner Diatribe, ob man die Pflicht der Dankbarkeit zu einer rechtlichen Verbindlichkeit erheben könne, ergiebt) jeden wirklichen Richter, unter arbiter einen Schiedsmann, dem man vertragsweise eine Sache zur Entscheidung vorlegt. Vgl. noch Note dd.

Classe sind die Richter, welche in der Formel angewiesen werden, darauf zu sprechen, was eine Partei der andern ex fide bona zu leisten hat, oder quantum aequius melius sit, dari repromittive, oder die Verhältnisse zu beurtheilen, ut inter bonos agier oportet. Zur Zeit der römischen Juristen kamen diese letzteren, für gewisse Fälle aus dem ältesten Verfahren sich herschreibenden Ausdrucksformeln ab, es wurde überall die erste; ex fide bona (§. 165 Note oo) gebraucht, und daher die ganze (den arbitrariae formulae gegenüberstehende) Classe von Rechtssachen unter dem Namen bonae fidei iudicia zusammengefaßt.

In Beziehung auf die Wahl aller dieser bestellten Richter kommen zwei Punkte in Frage: der Kreis von Personen, aus denen sie genommen werden konnten, und das Verfahren bei ihrer Ernennung für den einzelnen Rechtsstreit. Was den ersten Punkt anlangt, so sind manche Personen absolut ausgeschlossen von dem richterlichen Amt; diese Ausschließung gründet sich, wie Paulus sagt, theils auf die Natur der Sache, theils auf die Sitte, theils auf Gesetze.[r]) Natura sind die ausgeschlossen, denen die für die richterlichen Funktionen absolut nöthigen Qualitäten fehlen: Stumme, Taube, Wahnsinnige, Impuberes; moribus die Frauen und Sclaven; lege alle Infames (die angeführte Stelle nennt von ihnen die senatu moti). Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Magistrat nach Ermessen diese Ausschließungsgründe zu ergänzen, und die Bestellung einer Person zum Richter auch aus andern Gründen, die ihm erheblich schienen, versagen konnte, und sicherlich haben die Edicte der Prätoren auch darüber Festsetzungen enthalten.[s]) Die durch einen dieser Gründe Ausgeschlossenen können nicht Richter werden, damit ist aber noch keineswegs gesagt, daß überall die Bestellung jeden treffen konnte, der nicht an einer solchen Unfähigkeit litt. Bei der legis actio per iudicis postulationem scheint dieß allerdings der Fall gewesen zu sein, der Zweck dieses Instituts der arbitri forderte möglichste Frei-

r) L. 12 §. 2. 3 D. de iudic. (5, 1.)

s) So die Ausdehnung der Unfähigkeit wegen Impubertät auf minores decem et octo annis, L. 57 D. de re iud. (42, 1.) Eine davon ganz verschiedene Bestimmung ist, daß das Compromiß auf einen Schiedsrichter unter 20 Jahren keine Gültigkeit hat, L. 41 D. de recept. (4, 8.) Diese hat ihren Grund darin, daß eine solche Person nicht verpflichtet wird, das vertragsweise übernommene Schiedsrichteramt auszuüben, während die Gültigkeit des Compromisses diese Verpflichtung des Arbiter voraussetzt.

heit der Wahl, dieselbe Unbeschränktheit scheint in Beziehung auf die Recuperatoren stattgefunden zu haben.[t]) Später (nachdem jene legis actio weggefallen war) wurde diese Freiheit überhaupt zugestanden, wenn die Parteien sich über einen Richter vereinigten, und diesen von dem Prätor erbaten,[u]) vorausgesetzt natürlich seine Fähigkeit, und daß er zur Uebernahme des Amtes freiwillig bereit war. Sonst aber wurden die Judices aus dem Senat genommen, der mit diesem Beruf von alter Zeit her bekleidet war.[v]) Dieses Recht blieb dem Senat, als auch für die Criminalprocesse die Einrichtung von iudices selecti, einer von den Magistraten im Voraus angefertigten Liste von Richtern, aus denen das Judicium für jeden einzelnen Fall zu constituiren war, eingeführt, und die Theilnahme der Senatoren an diesen Gerichten durch leges iudiciariae bald ausgeschlossen bald verringert wurde (Bd. I. §. 71). Diese Gesetze bezogen sich nicht auf die Civilrechtspflege. Erst August, oder vielleicht schon Cäsar,[w]) dehnte das Institut der iudices selecti auf die Gerichte in Privatsachen aus, so daß nun auch hier die Richter aus dem album iudicum selectorum zu nehmen waren.[x]) Diese Veränderung darf nicht als ene zum Nachtheil des Senats vorgenommene betrachtet werden, ihre Bedeutung war eine ganz andere. Wer in

t) Huschke, de recuperatoribus (l. Huschke anal. litt.) p. 240.

u) Dieß geht nicht bloß aus L. 57 D. de re iud. (42, 1), sondern auch aus vielen andern Stellen hervor, die eine Wahl außer dem ordentlichen Gremium, von dem nachher die Rede sein wird, stillschweigend voraussetzen. Darin lag eben die vornehmste Bedeutung jener Unfähigkeitsgründe, daß sie selbst die datio ex consensu verhinderten.

v) Polyb. VI. 17.

w) Das Consilium, das nach der Lex Aelia Sentia von 757, über die bei gewissen Freilassungen nachzuweisende iusta causa urtheilen soll, besteht in den Provinzen aus 20 Recuperatoren, in Rom aus 10 Judices, die zur Hälfte Senatoren, zur Hälfte Equites sein sollen. Dieß bringt Klenze (fragm. legis servil. p. XVI) in Verbindung mit der lex iudiciaria Cäsar's, welche die Richter auf jene beiden Stände beschränkte (Bd. I §. 71 a. E.), und die sich daher auch auf Civilrichter bezogen habe. Es braucht nicht ausgeführt zu werden, aus wie mancherlei Gründen dieses Argument höchst prekärer Natur ist. (Auch Plinius [hist. nat. XXXIII. 7] führt die Ordnung der Decurien auf August zurück. R.)

x) Dieß geht hervor aus der Bestimmung über die Competenz der vierten Decurie: iudicaret de levioribus summis Suet. Octav. 32. So sagt denn Gellius XVI. 2: Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum ut iudicia, quae appellantur privata, susciperem —; der Gegensatz übrigens, den Gellius bei dem Ausdruck privata im Sinn hat, sind wohl nicht die Criminalprocesse, sondern die Centumviralsachen.

dem Gremium sich befand, aus dem die Richter genommen wurden, war verpflichtet, das Richteramt, wenn es ihn traf, zu übernehmen;[y]) es war eine Last für den Senat, die bei den Civilsachen nicht wie bei den Criminalgerichten durch ein Standesinteresse aufgewogen wurde, dieser Sinn liegt den Gesetzen August's und seiner Nachfolger zu Grunde (Bd. I. §. 88 a. E.) In den Municipien wurden die Richter, wie früher in Rom aus dem Senat, aus der Curie genommen, so daß das album decurionum zugleich das album iudicum bildete, mit Ausnahme der gegen das munus iudicandi Excusirten. In den Provinzen bestanden über die Wahl der Richter verschiedene Vorschriften nach den besonderen Verfassungen derselben (Bd. I. §. 67); soweit nun eine Rechtssache hiernach nicht besonderen durch die Parteien gewählten oder durch Gesetz bestimmten Richtern zukam, wurden die Richter aus der Zahl derer genommen, die der Vorstand der Provinz aus dem conventus civium romanorum ausgewählt hatte, es gab also auch hier ein album iudicum selectorum.[z])

Neuerdings ist in einer höchst lehrreichen Darstellung des Unterschieds zwischen iudicia und arbitria behauptet worden, das album iudicum sei nur für die iudices im eigentlichsten Sinn im Gegensatz zu den arbitri bestimmt gewesen, diese letzteren hätten (versteht sich ganz abgesehen von jener Uebereinkunft der Parteien, die ja auch bei den ersteren möglich war) ganz frei gewählt werden kön-

---

y) L. 13 §. 2. 3 D. de vacatione et excus. munerum (50, 5) L. 18 §. 14 D. de muner. (50, 4.) Cic. philipp. V. 5. Sueton. Octav. 32: ac plerisque iudicandi munus detrectantibus, vix concessit, ut singulis decuriis per vices annua vacatio esset —. Darauf bezieht sich auch L. 41 D. de recept. (4, 8): cum lege iulia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur —; es ist damit sicherlich die Vorschrift gemeint, daß Personen unter 20 Jahren nicht auf das Album gesetzt werden sollen, der Jurist drückt diese Vorschrift anders aus wegen des Gebrauchs, den er in der angeführten Stelle davon macht (Note s). Dieselbe Bestimmung hat Sueton im Auge (Octav. 32): iudices a tricesimo aetatis anno allegit, id est quinquennio maturius quam solebant. Hier ist die Zahl 30 jedenfalls unrichtig; sie würde voraussetzen, daß vorher das Alter von 35 Jahren üblich war, während schon die Lex Servilia (cap. 6) XXX hat (auch diese überdieß wahrscheinlich durch einen Schreibfehler statt XXV). Dagegen wird die Zahl der Pandektenstelle durch ihren weiteren Inhalt bekräftigt, und es haben daher die Editoren nach Cujacius Vorgang (observ. 21, 32) bei Sueton das tricesimo mit Recht in vicesimo verwandelt.

z) Cic. Verr. II. 13, 32. selecti iudices ex conventu proponi solent.

nen, ja dieß soll wesentlich zusammenhängen mit der weniger gebundenen Stellung und Urtheilsmacht der Arbitri, wobei so viel auf das persönliche Vertrauen der Parteien ankommen mußte.[aa]) Betrachten wir die innere Wahrscheinlichkeit dieser Ansicht, so leuchtet ein, daß der zuletzt erwähnte Punkt von entschiedenem Gewicht ist für die Zeit der legis actio per iudicis postulationem, wo die Arbitri dem ständigen Gericht der Decemvirn oder Centumvirn gegenüberstanden, und wo es sich darum handelte, gewisse Rechtssachen entweder diesem oder freigewählten Richtern zu übertragen. Dieses Gewicht verliert sich aber ganz und gar, wenn wir die Forderung einer ganz freien Wahl gegenüber einem aus allen achtbaren und tauglichen Classen der Gesellschaft sehr zahlreich besetzten Album denken.[bb]) Auf der andern Seite, wie sehr würde die Wichtigkeit, ja ich möchte sagen die Vernünftigkeit einer Einrichtung, die man als eine Angelegenheit von höchstem Belang behandelte, sich verringern, wenn man davon eine unberechenbar große Anzahl wichtigster Rechtssachen (alle bonae fidei iudicia und alle arbitrariae actiones, wohin die Eigenthums-, die Pfandprocesse und unzählige andere gehörten), wenn man der Persönlichkeit solcher Richter, denen die Natur des Rechtsstreits wenig Gewalt ließ, Aufmerksamkeit geschenkt, ihre Wahl aus dem Album geboten, die Fälle dagegen, wo der Richter eine größere Macht hat, ihrem Schicksal und dem Belieben des Klägers überlassen hätte.[cc]) Innere Wahrscheinlichkeit also besitzt jene Ansicht nicht. An äußeren Gründen aber gebricht es ihr, soweit mein Urtheil reicht, gänzlich.[dd])

---

aa) Savigny, System des heutigen R. R. V S. 102. 103 vgl. 469. 643 ff.

bb) Unter August war bei tausend in jeder Decurie, Plin. hist. nat. XXXIII. 7.

cc) Um jene Ansicht zu behaupten, müßte vor allem ein Modus der Ernennung des Arbiter entdeckt werden, der gegen den Mißbrauch der freien Wahl dem Gegner eine Garantie darbot. Die Grundsätze über die Ernennung, die nachher mitgetheilt werden sollen, setzen offenbar die Wahl aus dem Album voraus.

dd) Savigny hat dafür Seneca de benef. III. 7 angeführt. Hier kommt nämlich zuerst die oben Note q abgedruckte Stelle über iudices und arbitri vor, die Savigny von unserem Gegensatz versteht, sodann nach mehreren Zwischensätzen die Aeußerung: ubi id de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad haec sumi iudex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas misit. Diese zweite Stelle schließt Savigny unmittelbar an die erste, und glaubt, sie spreche von den arbitria im Gegensatz gegen die iudicia. Dieses Argument fällt, abgesehen von der

Was die Ernennung der Richter für den einzelnen Fall anlangt, so ist die Sache am einfachsten, wenn die Parteien über eine Person vorher schon übereingekommen sind, der Magistrat giebt diesen Richter, wenn in Beziehung auf seine Fähigkeit kein Hinderniß entgegensteht. Eine solche Uebereinkunft aber hervorzubringen, ist auch in andern Fällen das Ziel, das durch das Verfahren bei der

Zulässigkeit dieser Verbindung, schon dadurch, daß die erste Stelle einen andern, als den von ihm vorausgesetzten Sinn hat (Note q). Auch daß man die arbitria als Processe bezeichnen könne: ubi id *de quo sola sapientia decernit*, in controversiam incidit, ist wohl unglaublich. Jeder Schein aber wird verschwinden, wenn wir diese Stellen in ihrem Zusammenhang betrachten. Sollte man nicht, fragt Seneca, die Undankbarkeit als eine Rechtsverletzung behandeln, gegen den Undankbaren also eine Klage (ingrati actio nennt er sie) geben? Er giebt sich viele Mühe, recht gründlich zu beweisen, daß dieß nicht angehe. Vor allem wäre es keine Wohlthat mehr, wenn der Wohlthäter die Dankbarkeit wie eine Contractsleistung einklagen könnte. Zweitens wäre es auch keine Dankbarkeit, die erzwungen werden könnte wie die Rückgabe eines Depositums oder eines Darlehns. Drittens würden alle Gerichte der Welt nicht hinreichen, um die Masse der Undankbarkeitsprocesse zu entscheiden. Viertens, es wäre unmöglich, ein einigermaßen bestimmtes Recht aufzustellen, nach welchem der Richter entscheiden sollte, es müßte alles auf sein subjectives Ermessen gestellt werden (hieher gehört die erste Stelle). Endlich wo wollten wir die Richter herbekommen, welche die epineusen Fragen: was ist Wohlthat, welchen Umfang hat sie, was ist Undankbarkeit? entscheiden könnten? Diese Richter, die solche philosophische Fragen entscheiden sollten, könnten wir nicht aus dem Album nehmen (zweite Stelle). Man sieht, der Gegensatz ist überall: Richter über Rechtspflichten und (problematische) Richter über die moralische Pflicht der Dankbarkeit, und wenn die Stelle irgend etwas beweist, so ist es dieß, daß alle Richter aus dem Album genommen wurden, was dann eben Seneca als ein Hinderniß der proponirten Undankbarkeitsprocesse aufführt. — Nachträglich hat sich Savigny noch auf Plin. hist. nat. I berufen. In der Zueignung an Titus gesteht Plinius sich das Bedenken, einen solchen Mann zum Urtheil aufzufordern. Hätte ich das Werk einfach publicirt, so konnte ich gegen dein Urtheil einwenden: warum machst du dich zum Richter, du standest nicht auf dem Album für diese Sachen, als ich die meinige anbrachte (cum hanc operam condicerem, non eras in hoc albo). Im Nothfall stand mir noch die reiectio offen. Das alles fällt nun weg, da ich dich selbst genannt habe, denn ein anderes ist es, einen Richter ohne Wahl überkommen, ein anderes, selbst einen erwählen (Note kk). Savigny legt ein großes Gewicht auf das Wort condicerem, womit Plinius ein iudicium im engsten Sinn im Gegensatz zu arbitrium ausdrücke, und indem er dort von dem Album spreche, hier eine freie Wahl voraussetze. Da aber nicht zu läugnen sein wird, daß Plinius ganz eben so, ohne daß irgend eine Pointe verloren gieng, schreiben konnte, wenn alle Richter aus dem Album genommen wurden, so ist auch dieses Argument ohne Kraft. Denn alle die Momente, die Plinius erwähnt, auch die electio, mit der sich natürlich keine reiectio von Seiten des Wählenden verträgt, können bei den aus dem Album genommenen Richtern vorkommen, wie sich aus dem im Text Folgenden ergeben wird.

Ernennung herbeigeführt werden soll.[ee] Der Kläger hatte das Recht, einen Richter vorzuschlagen (iudicem ferre), und der Magistrat bestellte ihn, wenn der Gegner ihn nicht verwarf, was mit der Formel geschah: eiero iniquus mihi est.[ff] Für diese Ejeration brauchten keine besonderen Recusationsgründe angeführt zu werden, aber eine von dem Magistrat als grundlos und muthwillig erkannte Weigerung setzte den Beklagten in die Lage dessen, der die Einlassung aus Ungehorsam ablehnt (§. 173). Das hier beschriebene Verfahren wird mit dem Ausdruck sumere iudicem bezeichnet. Bei Recuperatoren scheint in diesem Fall jede Partei einen oder mehrere bezeichnet, und dann der Magistrat ebenfalls einen als Obmann ernannt zu haben.[gg] Aber es gab neben dem sumere iudicem (oder recuperatores) noch eine andere Verfahrungsart: das reiicere; diese bestand darin, daß der Prätor eine Anzahl von Richtern proponirt, von denen jede Partei eine gleiche Zahl rejiciren konnte, aus den übrigen ernannte der Prätor das Gericht.[hh] In der dritten Pe-

ee) Dieses Princip spricht die schon früher angeführte Stelle des Cicero aus: neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset, Cic. pro Cluent. 43. — Auf jene Uebereinkunft, die, wenn sie schon vor dem Proceß erfolgte, mit einer Strafstipulation bekräftigt ward, bezieht sich die von Festus (v. procum) mitgetheilte Bedingung der letzteren: si alium procas nive eum procas (sc. C dare spondes?). Vgl. Rudorff, Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. XIII S. 197 Note 34.

ff) Cic. de orat. II. 70. Verr. III. 60.

gg) Huschke, de recup. l. c. p. 245 sqq.

hh) Cic. Verr. III. 11. 13. 60. (Die in diesen Stellen beschriebene Rejection bezieht sich auf die aus dem conventus gebildeten Richterdecurien, also auf die Provincialjurisdiction, daß aber auch in Rom ein ähnliches Verfahren galt, beweist die lex agr. v. 37. 38 *cos.* pr*aetor* pro*ve* pr*aetore* quo in ius adierint — *recuperatores ex ci*vibus L quei classis primae sient XI dato, inde alternos du*mtaxat quaternos is qui petet et is unde petetur quos volent reiciant facito* [nach Mommsen's Ergänzung, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XV. 1850 S. 323. Corp. inscr. Lat. p. 81]: in einem gewissen Fall werden funfzig Recuperatoren decuriirt, für jeden Proceß eine Decurie gegeben und ein Ungerader darüber, davon kann jede Partei, und zwar immer eine um die andere, bis zu vier verwerfen, so daß mindestens drei, möglich aber auch fünf, sieben, neun, übrig blieben. Nach dem edictum Venafranum v. 64 f. [Mommsen a. a. O. S. 324. 325. Orelli-Henzen n. 6428] muß die Rejection an einem Tage geschehen, an welchem die Recuperatoren, die also dabei zugegen sein müssen, nicht anderweit als Richter in einem iudicium publicum oder privatum in Anspruch genommen sind dum reciperatorum reiectio inter eum qui aget et eum cum quo agetur ita fie[*t ut lege Iulia*] quae de iudiciis privatis lata est licebit oportebit. R.)

riode ist der Einfluß der Magistrate auf die Constituirung des Gerichts erhöht, man entfernte sich mehr und mehr von jenem älteren Princip, das Cicero in der (Note ee) angeführten Stelle ausspricht; wahrscheinlich ist dieß schon durch die Gesetze August's über die Gerichte geschehen. Noch immer können die Parteien über einen Richter übereinkommen, und diesen giebt dann der Prätor (iudicem addicit,[ii]) das Recht des Klägers einen Richter zu wählen scheint noch in einigen Fällen vorgekommen zu sein,[kk]) in der Regel aber gieng die Wahl aus den iudices selecti von dem Magistrat aus, der dabei, damit nicht die zum Richteramt Berufenen allzu ungleich belastet würden, ohne Zweifel eine Reihenfolge in der Zuweisung der Rechtssachen beobachtete.[ll]) Die Parteien behielten nur das Recusationsrecht. Daß der namentliche Vorschlag durch die Parteien als Regel weggefallen war, zeigt ein Rescript Hadrian's, nach welchem gerade ein namentlich erbetener Richter nicht ohne besondere Genehmigung des Princeps gegeben werden sollte.[mm])

Am Ende der dritten Periode kommt in mehreren Stellen zur Bezeichnung der Richter, von denen hier die Rede war, der Ausdruck iudex pedaneus vor.[nn]) Dieser Name, welcher der classischen Terminologie fremd ist, wurde ohne Zweifel dadurch veranlaßt, daß für die Magistrate selbst der Name iudex immer gewöhnlicher geworden war; wie nun die Decurionen, die keinen Magistrat bekleidet hatten, pedanei genannt wurden (Bd. I. §. 58 Note d), so ist dasselbe Beiwort auf die bestellten Richter übertragen

---

ii) L. 80 D. de iudic. (5, 1).

kk) Quintil. inst. or. V. 6: — sicut nec optio iudicis adversario est permittenda, nec est advocatis partis adversae iudex eligendus. Plin. hist. nat I: — plurimum refert, sortiatur aliquis iudicem an eligat.

ll) Wie bei den Decurionen ein Turnus in Beziehung auf die Munera überhaupt stattfand.

mm) Observandum est, ne is iudex detur, quem altera pars nominatim petat, id enim iniqui exempli esse, D. Hadrianus rescripsit, nisi hoc specialiter a principe ad verecundiam petiti iudicis respiciente permittetur, L. 47 D. de iudic. (5, 1.)

nn) Ulpian. L. 4 D. de tutor. dat. (26, 5): Praetor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus iudex nec compromissarius ex sua sententia fieri potest. L. 3 §. 1 D. ne quis eum (2, 7) L. 1 §. 6 D. de postul. (3, 1.) Paul. sent. V. 28, 1. Dioclet. L. 2 C. de pedan. iud. (3, 3.) Die Griechen gebrauchen dafür das Wort *χαμαιδικαστής*. Vgl. z. B. Theophil. paraphr. IV. 15 pr.

worden, um sie von den „iudices", welche Magistrate sind, zu unterscheiden.[oo])

C. Die Parteien.

CLV. Die Aufgabe der Parteien ist es, die Anträge vor Gericht, in iure und in iudicio, zu stellen, wodurch sie dasselbe zur Thätigkeit und zum Schutz ihrer Rechte auffordern, überhaupt und in Beziehung auf alle einzelnen Handlungen, die von dem Magistrat oder dem Richter zu diesem Zweck erwartet werden. Diese Thätigkeit heißt in der alten Rechtssprache orare, perorare, später postulare, insbesondere wird die Stellung der Anträge vor dem Magistrat mit diesem Wort bezeichnet.[a])

Ihre Anträge, mit denen zugleich eine dieselben begründende Ausführung verbunden sein kann, konnte die Partei selbst stellen, oder sich dazu des Organs eines Andern bedienen, und in beiden Fällen wurden auch wohl noch andere Personen zugezogen, um der Sache durch ihr Ansehen, ihren Rath und die Geschicklichkeit der Rede förderlich zu sein. Der Prätor hat einen eigenen Abschnitt in seinem Edict über die Personen, denen das Postuliren gestattet ist oder nicht.[b]) Gewissen Personen hat er das Postuliren gänzlich versagt, dieß sind die minores decem et septem annis und die gänzlich Gehörlosen, die daher einen Fürsprecher haben müssen; andern verstattet er für sich, aber nicht für Andere zu postuliren (als Fürsprecher): Frauenspersonen, Blinden, gewissen Infames; noch andere endlich können für sich und für gewisse andere Personen (mit denen sie durch besondere Pietätsverhältnisse verbunden sind) postuliren: alle Infames außer den in die zweite Classe gehörigen, und die durch besondere Gesetze auf diese Weise beschränkt sind. Von dem Recht zu postuliren ist übrigens das Recht vor Gericht zu erscheinen unterschieden: Kinder und Wahnsinnige können wegen ihrer vollständigen Handlungsunfähigkeit überhaupt nicht als bei irgend einer Handlung gegenwärtig betrachtet werden, also kann bei ihnen von einem Postuliren nicht einmal durch einen Fürsprecher die Rede sein.

oo) Dieß ist auch die Ansicht Hollweg's, Handbuch I S. 141.

a) Postulare autem est, desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere, L. 1 §. 2 D. de postulando (3, 1).

b) Dig. III. 1: de postulando; 2: de his qui notantur infamia.

In Beziehung auf die Unterstützung, die den Parteien durch Andere im Proceß gewährt wird, werden in der zweiten Periode zwei Classen von Personen unterschieden: 1) die advocati, welche durch ihren rechtlichen Rath, und, indem sie die Partei vor Gericht begleiteten, ohne übrigens in die Verhandlungen selbst einzugreifen, durch ihr Ansehen behülflich waren; 2) die oratores oder patroni, welche als Fürsprecher auftraten, die Anträge stellten, oder in iudicio die Sache verfochten.[c]) In der dritten Periode dagegen ist der Name advocatus auf diese letzteren übergegangen, so daß advocatus, causidicus, patronus gleichbedeutende Ausdrücke geworden sind; das Geschäft des advocatus im älteren Sinn ist weggefallen, denn die angesehenen iurisconsulti erschienen nicht selbst vor Gericht, sondern ertheilten ihre Responsa schriftlich, und die Thätigkeit der Rechtskundigen (pragmatici), welche den Rednern beigesellt wurden, um sie auch während der Verhandlungen selbst mit ihren juristischen Kenntnissen zu unterstützen und anzuleiten, war dem Beruf der alten advocati kaum zu vergleichen.[d]) — Die Lex Cincia 550 fand es nothwendig, die Annahme von Belohnungen für die Unterstützung einer Partei als Patronus zu untersagen: ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat.[e]) Schon damals war es gewöhnlich geworden, den Rednerberuf um des eigenen Vortheils willen zu üben, das Gesetz verbot nur seine Ausübung um Geldgewinn, unter den Imperatoren war dieser der einzige äußere Lohn, welcher zu hoffen war, die Aufrechterhaltung des Verbots würde ihn nur gesteigert haben, das Zweckmäßigste war, ihn mit gesetzlicher Beschränkung zuzulassen.[f])

---

c) Schol. ad Cic. divin. §. 11 (Orell. p. 104): Qui defendit alterum in iudicio, aut patronus dicitur, si orator est, aut advocatus, si aut ius suggerit aut praesentiam suam commodat amico. —

d) So beseitigt sich wohl das Bedenken, welches Rudorff (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. VII S. 59 ff.) gegen das Verschwinden der alten advocatio erhoben und durch mehrere Quellenzeugnisse unterstützt hat.

e) Tac. annal. XI. 5. XIII. 42. Liv. XXXIV. 4.

f) Das höchste Maß war für eine einzelne Rechtssache 10000 Sesterze, 100 Aurei, Tac. annal. XI. 6. 7. Sueton. Nero 17. Plin. ep. V. 21. Ulpian. L. 1 §. 10—13 D. de extrao. cogn. (50, 13): in honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia, et fori consuetudine, et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat, dum modo licitum honorarium quantitas non egrediatur.

CLVI. Durch die Zuziehung eines Advocaten wird das Subject des Processes nicht verändert, aber die eigentlichen Parteien können in der Führung des Processes selbst von Andern vertreten werden. Während der Advocat nur das Organ der Partei ist, die den Proceß führt, übernimmt der Stellvertreter (Procurator &c.) die Proceßführung selbst an der Stelle des Klägers oder Beklagten, so daß diese letzteren bei dem Verfahren gar nicht in Thätigkeit treten.[a]

Die Möglichkeit, seine Processe durch einen Andern führen zu lassen, war ursprünglich sehr beschränkt. Diese Beschränkung lag in der Form des ältesten Verfahrens selbst. Die feierlichen Worte, die bei der Legis Actio vorgeschrieben waren, sind von der Beschaffenheit, daß der Kläger sich selbst das Recht, das er geltend machte, zuerkennen mußte, ebenso mußte der Beklagte das Subject sein, gegen das der Ausspruch gerichtet war; daher war eine Stellvertretung nicht denkbar, bei der man fremde Ansprüche verfolgt, fremde Verbindlichkeiten läugnet.[b] Doch konnte man nicht umhin gewisse Ausnahmen zuzulassen:[c] es konnte pro populo ein Stellvertreter handeln,

---

a) Gai. IV. 82—87. 97—101. Paul. sent. I. 2: de cognitoribus. 3: de procuratoribus. Fragm. vatic. de cognitoribus et procuratoribus §. 317 sqq. Dig. III. 3: de procuratoribus et defensoribus. 4: quod cuiuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur. Bethmann-Hollweg, über Repräsentation im Proceß, Versuche 1827 S. 138—249.

b) Nemo alieno nomine lege agere potest. L. 123 pr. D. de R. I. (50, 17.)

c) Gai. IV. 82. pr. I. de his per quos ag. poss. (4, 10.) (Der heres konnte [als Repräsentant des Erblassers] klagen; id, quod defuncti fuit, suum esse, id, quod defuncto debeatur, dari sibi oportere. Gai. IV. 34. Vgl. Ihering, Abhandl. (1844) S. 185 f. Ehe die Repräsentation im Proceß durch Cognitoren und Procuratoren anerkannt war, half man sich durch Adstipulatoren und Adpromissoren, namentlich Sponsoren und Fidepromissoren, die überhaupt als ein Surrogat der Procuratur für die Legis Actiones und legitima iudicia betrachtet werden müssen. So erklärt sich die Zusammenstellung mit den Advocaten [Cic. Pis. 9. advocato aut adstipulatore], ferner die bloß persönliche Berechtigung und Verpflichtung [Gai. III. 114. 120], endlich die gewerbliche Natur der Adstipulation [Auct. ep. ad Octav. — esse quendam, cuius avus fuerit argentarius, adstipulator pater, uterque vero precarium quaestum fecerit]. Durch die Zulassung von Stellvertretern im Proceß verschwand die Adstipulation bis auf den Fall bei Gai. III. 117: cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur. Der Tutor mußte wo möglich Auctoritas geben. L. 1 §. 2 D. de adm. tut. (26, 7.) Ueberdieß stehen die Correalobligationen und die Delegationen ursprünglich mit dem Grundsatz nemo alieno nomine lege agere potest in Verbindung. Um die Rechtsver-

d. h. ein Recht des Staats oder einer Gemeinde konnte von einem Bevollmächtigten oder sonst dazu Berechtigten verfolgt werden, ferner pro libertate, da, wenn über die Freiheit einer Person gestritten ward, diese selbst, deren Freiheit angefochten wurde, nicht als proceßführende Partei auftreten konnte, indem sie der Gegenstand des Rechtsstreits war.[d]) Eine Lex Hostilia machte eine Ausnahme zu Gunsten derer, die in feindlicher Gefangenschaft oder reipublicae causa abwesend, oder deren Tutoren in diesem Fall seien, für die actio furti, die statt ihrer von einem Stellvertreter sollte angestellt werden können; eine ähnliche Ausnahme für eine gewisse Klage machten die leges repetundarum (calpurnia, iunia, servilia), indem sie für den Civilanspruch gegen den Angeklagten eine legis actio gaben, die durch einen von den Verletzten bestellten legis actor (einen römischen Bürger) durchgeführt wurde.[e]) Die Zwölf Tafeln ferner enthielten die Vorschrift, daß die auf den höchsten Grad der Körperverletzung gesetzte Talio, durch deren Androhung der Thäter zur unbedingten Abfindung mit dem Verletzten gezwungen wurde, von dem nächsten Agnaten des letzten gesucht werden solle.[f]) Ohne Zweifel geschah dieß im Weg einer legis actio, so daß auch dieser Fall den angeführten Ausnahmen sich anreiht. Endlich wird eine von Gaius übergangene, von den justinianischen Institutionen aus einer andern Schrift nachgetragene Ausnahme so bezeichnet, daß pro tutela eine legis actio von einem Stellvertreter statthaft sei. Theophilus in seiner Paraphrase der Institutionenstelle erklärt dieß von einem Streit über die Tutel unter mehreren

---

folgung zu ermöglichen oder zu erleichtern, mußte man, so lange eine Bevollmächtigung nicht möglich war, den Cessionar oder Mitbetheiligten in die Obligation selbst aufnehmen, damit er suo nomine klagen könne. Gai. 4, 38. L. 31 §. 1 D. de novat. (46, 2.) R.)

d) Fragm. vat. §. 324 wird die adsertio (bei der liberalis causa) mit der cognitura zusammengestellt. In der ältesten Sprache heißt der Assertor vindex, er kommt nicht bloß bei dem Streit über die Freiheit, sondern auch zur Abwendung der Folgen der Manus Injectio vor, §. 102.

e) Klenze, fragm. leg. servil. p. XII.

f) Cato bei Priscian VI. (p. 710 Putsch.) Cato tamen *os* (für *ossum*) protuiit in IV originum: si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur. (Allerdings gestatten die Zwölf Tafeln nur bei dem membrum ruptum Talion, dennoch ist die Hinweisung auf sie allzu sichtbar, um mit Dirksen, Zwölf Tafeln S. 517 und Keller, röm. Civilpr. §. 54 Note 642 anzunehmen, Cato habe die Institutionen eines andern Staats als des römischen vor Augen gehabt. R.)

Prätendenten. Man pflegt diese Erklärung als absurd zu verwerfen, es könnte ihr indessen, so ungeschickt er sie ausgeführt hat, eine sichere Nachricht zu Grunde liegen. Die gesetzliche Tutel über Frauen konnte in iure cedirt werden (Gai. I. 168), sie war also ein Gegenstand der Vindication. Bei diesem Rechtsstreit fand man es nöthig, die Vertretung eines persönlich verhinderten Berechtigten zuzulassen. Noch mehr war man dazu veranlaßt, wenn es sich um in iure cessio (auch eine Legis Actio) handelte, die vielleicht gerade darum als Bedürfniß erschien, weil der legitimus tutor verhindert war, der Frau den Beistand zu leisten, dessen sie bedurfte, ein Hinderniß, das ihn auch abhalten konnte, in eigener Person jene Legis Actio vorzunehmen.[g])

Bei dem neuern Verfahren durch formulae lag in der Form kein Hinderniß mehr für die Proceßführung durch Stellvertreter. Denn in der Formel kann einem Andern das geltend gemachte Recht

g) S. über die verschiedenen Meinungen die Noten zu Theophilus von Reitz, und Zimmern, röm. Civilpr §. 155 a. E. (v. Scheurl, Beitr. [1854] Anm. 13 S. 11 und Ihering, Geist des röm. Rechts (1854) 2, S. 105, nach welchem Auctoritas gemeint wäre und der Proceß des Infans warten müßte. Dagegen Keller, röm. Civilpr. [1855] §. 54 Note 631. R.) Hält man die Erklärung des Theophilus lediglich für seine eigene Erfindung, so würde sich, wie ich glaube, folgende rechtfertigen lassen. Die Vormundschaft tritt in dem ältesten Recht als eine potestas auf, sie machte den Vormund zum rechtlichen Subject des Vermögens und setzte ihn dadurch in den Stand, Processe durch L. A. zu führen, ohne daß darin formell eine Stellvertretung lag. Später wurde die Stellung des Vormunds reducirt auf administratio und, bei Tutoren, auf auctoritas, mit welcher der Pupill die L. A. selbst vornahm (Gai. I. 184). Für die Fälle nun, wo dieser letztere Weg nicht eingeschlagen werden konnte, fand man es nöthig, die Folge des alten Princips als Ausnahme beizubehalten, und dieß wären dann die Fälle der legis actio pro tutela gewesen, so daß hier dieser Ausdruck so viel als kraft der Tutel bedeutete. Man kann aber auch noch folgenden Fall hieher ziehen. Wenn jemand durch einen Andern klagen wollte, konnte er dieß schon zur Zeit der ausschließlichen Herrschaft der Legis Actiones dadurch ins Werk setzen, daß er demselben das Recht, z. B. das Eigenthum, das er verfolgen wollte, übertrug (namentlich durch In Jure Cessio), mit der Verpflichtung, das Empfangene zurückzugewähren. Dieß hieß in tutelam dare. Ein Beispiel giebt die Uebertragung des gesammten Vermögens auf den familiae emtor, auf daß es in seiner „mandatela tutela custodelaque“ sei, bei dem testamentum per aes et libram in seiner ältesten Gestalt (Gai. II. 104). Dieser familiae emtor hatte das Vermögen an die, denen der Testator es zudachte, zu vertheilen: er selbst war nicht Erbe, aber er vertrat den Testator vermöge der ihm überlassenen tutela auch in Processen, die, um die Güter für die Austheilung zusammenzubringen, geführt werden mußten.

oder, bei dem Beklagten, die Haftung zugeschrieben, auf oder gegen einen Andern das Ziel des Processes, das Urtheil des Richters (Condemnation oder Absolution) gestellt werden, indem z. B. der Richter angewiesen wird, den Beklagten in das, was er dem A schuldet, dem Stellvertreter des A, oder in das, was A dem Kläger schuldet, den für A den Proceß führenden Stellvertreter zu condemniren (§. 166 a. E.) Mit dieser allgemeinen Möglichkeit ist indessen keineswegs eine Begünstigung der Repräsentation verbunden, das alte Recht hatte den bedeutenden materiellen Vortheil gehabt, daß es die Parteien nöthigte, selbst vor Gericht zu erscheinen, was der Ermittelung der Wahrheit vortheilhaft war, man konnte nicht geneigt sein, diesen Vortheil durch eine zu weit getriebene Erleichterung der Repräsentation gänzlich aufzugeben. Eine Beschränkung ließ der Prätor dadurch eintreten, daß er gewissen Personen untersagte, sich vertreten zu lassen, nämlich den Infames, welche die ungünstige Stellung, worein sie ihre Ehrenminderung versetzte, nicht durch Vorschiebung eines Andern sollten verbessern können.[h]) Sodann können gewisse Personen nicht Stellvertreter sein: Frauenspersonen,[i]) ebenso Soldaten,[k]) Infames, soweit sie nicht postuliren können.[l]) Von

---

h) Gai. IV. 124. Fragm. vat. §. 322. 323. §. ult. I. de except. (4, 13.) Umgekehrt ist in einem Gesetz der vierten Periode höheren Staatsbeamten geboten worden, daß sie ihre Processe durch Stellvertreter führen, damit sie nicht durch ihr persönliches Erscheinen die Unbefangenheit der Gerichte beeinträchtigen möchten, L. 25 C. de procur. (2, 13.) (In dieser Beziehung ist zwischen den Geschlechtern kein Unterschied. Frauenspersonen sind durch ihr Geschlecht nur verhindert für Andere aufzutreten und gerichtliche Bürgschaften zu leisten, die Intervention ist ein Männergeschäft. Das Recht sich vertreten zu lassen (Fragm. Vat. 325. 326. L. 21 C. de proc. 2, 13) verwirken sie dagegen erst durch die Infamie z. B. durch den Bruch der Wittwentrauer, durch Doppelverlöbniß und Bigamie, oder durch doloses Vorgeben der Schwangerschaft, vgl. Karlowa, Zeitschrift für R. G. IX (1870) S. 222. Insofern kam die Infamie auch bei Frauen in Betracht und zwischen der activen und passiven Vertretung bestand ein erheblicher Unterschied. R.)

i) Der Prätor erlaubt es causa cognita, wo eine sittliche Pflicht sie dazu antreibt, L. 41 D de procur. (3, 3) L. 2 §. 3 D. de lib. causa (40, 12); ausgenommen ist auch der Fall, wo sie das Recht eines Andern in eigenem Interesse und für eigene Rechnung geltend zu machen haben, Paul. sent. I. 2, 2.

k) L. 8 §. 2 D. de procur. (3, 3.)

l) Paul. sent. I. 2, 1 Fragm. vat. §. 324. Es ist dieß eine Ausdehnung der Unfähigkeit zu postuliren und auf ein anderes Rechtsinstitut, aber eine ganz nahe sich darbietende, wenn das beiden gemeinschaftliche Moment des Auftretens für einen Andern hervorgehoben wird. Justinian hat die Unfähigkeit der Infamen, als Stellvertreter zu fungiren, aufgehoben §. ult. I. de except. (4, 13)

den Imperatoren wurde verboten, angesehenen und mächtigen Personen zum Nachtheil des Gegners, der ihnen gegenüber in eine ungünstigere Lage kommt, die Führung der Processe zu übertragen.[m]) Eine dritte Beschränkung endlich liegt in der Stellung, welche der Repräsentant dem Recht nach hat; die Stellvertretung selbst nämlich ist keineswegs überall eine so vollkommene, daß die Handlungen des Repräsentanten ihrer Wirkung nach so betrachtet würden, als hätte sie der Dominus selbst vorgenommen. In dieser Beziehung aber ist ein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten von Stellvertretern.

Stellvertreter kann jemand sein vermöge eines Auftrags von Seiten der eigentlichen Partei (des Dominus), solche sind die cognitores und procuratores, oder vermöge eines Amts, solche sind die tutores und curatores, die durch ihre Bestellung als Vormünder auch zur Führung der Processe ihrer Mündel berufen sind,[n]) und die actores für Municipien und andere juristische Personen, endlich ist ein Stellvertreter auch ohne Auftrag und Amt möglich.

Cognitor ist der Stellvertreter, welcher in Gegenwart des Gegners für diesen Rechtsstreit bestellt wird, z. B. von Seiten des Klägers: quod ego a te fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do, von Seiten des Beklagten: quod tu a me fundum petis, in eam rem Publium Maevium cognitorem do. Es sind certa und quasi sollemnia verba, durch welche die Bestellung geschieht,[o]) doch nicht in dem Sinn, daß die einzelnen Ausdrücke genau beibehalten werden müßten, daher die Bestellung auch in griechischer Sprache geschehen kann.[p]) Das Wesentliche ist, daß die Bestellung für diesen Rechtsstreit selbst und speciell — in litem, in eam rem,[q]) und coram adversario geschehe, der

---

Die zu postuliren hat er beibehalten, was sich aus der Ausbildung der Advocatur zu einem öffentlichen Amt erklärt.

m) Cod. II. 14. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre. II. 18: ne fiscus vel respublica procurationem alicui patrocinii causa in lite praestet.

n) Vgl. über das Recht zur Zeit der Legis Actiones Note x.

o) Gai. IV. 83. 97.

p) Vat. fragm. §. 318. 319.

q) Doch braucht die Klage nicht namentlich bezeichnet zu sein, es ist eine gültige Bestellung, wenn gesagt wird: quod ego tecum agere volo (quando tu mecum agere vis) in eam rem cognitorem do, Gai. IV. 82. Huschke (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII S. 306 ff.) will diese Formel auf einen

Bestellte selbst kann abwesend sein. Diese förmliche Bestellung bewirkt nun, daß der Cognitor wirklich in locum domini substituirt und domini loco ist, so daß seine Proceßführung für und gegen den Dominus alle die Wirkungen hat, wie wenn dieser selbst gehandelt hätte. Seine Rechtssache wird von dem Cognitor anhängig (res in iudicium deducitur) und von dem Ausgang des Processes abhängig gemacht, er muß die Proceßführung des Cognitor wie seine eigene gegen sich gelten lassen, er kann nicht wieder klagen (§. 172. 175); wird der Gegner condemnirt, so hat er, der Dominus, die actio iudicati gegen ihn, und eben so kann er mit dieser Klage belangt werden, wenn der Cognitor, den er (als Beklagter) bestellt hat, condemnirt worden ist. Nur in einem Punkt ist hier eine Beschränkung, welche die Stellvertretung erschwert: wer als Beklagter einen Cognitor stellt, muß für ihn Caution durch Bürgen wegen Leistung dessen geben, in das er condemnirt würde, satisdatio iudicatum solvi, auch wo er in eigner Person den Proceß übernehmend dazu nicht verpflichtet wäre. [r])

Bei allen andern Stellvertretern ist der Grund ihrer Repräsentanteneigenschaft dem Proceß selbst an sich ganz fremd, sie sind nicht in litem ernannt in dem Sinn, daß ihre Bestellung als eine vorbereitende Proceßhandlung betrachtet werden könnte, wenn sie auch vielleicht für diese bestimmte Lis (in litem in diesem Sinn) bestellt sind. Die Bestellung eines Tutors oder Curators, eines Actors, der Auftrag, wodurch jemand zum Procurator gemacht wird, der Entschluß, den jemand faßt, sich der Angelegenheiten eines Andern ohne Auftrag anzunehmen, ist kein Act, der in irgend einer Hinsicht ein Bestandtheil des zu erhebenden Processes, eine processualische Handlung genannt werden könnte. Am nächsten lag die Zulassung der Actores, die ja schon im ältesten Proceß verwilligt war; auch bei den Vormündern kamen Fälle dringenden Bedürfnisses vor, sie von der Möglichkeit der Stellvertretung Gebrauch machen zu lassen; ein bedeutender Schritt aber gehörte dazu, um jemanden

---

vor der Erhebung des Rechtsstreits, die oben im Text stehende auf einen nach der Litiscontestation gegebenen Cognitor beziehen. Es darf indessen bezweifelt werden, ob ein Cognitor jemals nach der L. C. gegeben worden ist, und, wenn dieß geschehen wäre, ob das peto jener Formel von einer durch das erste Stadium des Verfahrens schon hindurchgeführten Sache verstanden werden muß.

r) Gai. IV. 101. Vat. fragm. §. 317.

schlechtweg auf den Grund eines erhaltenen Auftrags die Proceßführung im Namen eines Andern zu gestatten, und den Gegner zu nöthigen, sich mit demselben einzulassen. Dieser Schritt geschah, als die Umstände dazu nöthigten, indem die Entfernung der Parteien von einander die Bestellung eines Cognitor oftmals verhinderte, vielleicht anfangs so, daß der Prätor für die Zulassung eines Procurators sich eine causae cognitio vorbehielt, bald aber mit allgemeiner Gestattung. Der Auftrag hat durchaus nicht den Charakter der wirklichen Constituirung eines Stellvertreters, er ist vielmehr nur das Motiv der Zulassung desselben, in Beziehung auf welches nicht einmal ein sofortiger Beweis gefordert wird.[s]) War man einmal so weit gegangen, so ließ sich wohl behaupten, auch ohne Mandat sei jemand zugelassen, wenn er sich nicht böslicher Weise, sondern in guter Absicht der fremden Sache annehmen wollte. Am unbedenklichsten ist dieß bei der Uebernahme einer Klage für den Beklagten (als defensor im eigentlichen Sinn), und hier war es zugleich ein dringendes Bedürfniß wegen der Nachtheile, die dem abwesenden oder sonst verhinderten indefensus drohten;[t]) auch die Möglichkeit einer Klage ohne Vollmacht wird im allgemeinen vorausgesetzt, aber wirklich nur unter besonderen Umständen, namentlich für nahe verbundene Personen, zugelassen.[u])

Da nun bei allen diesen Stellvertretern der Dominus über den Proceß gar nicht in verbindlicher und processualischer Weise disponirt hat, so wird er 1) durch die Klage des Procurator rc. nicht gehindert, sein Recht, wie wenn jener nicht geklagt hätte, geltend zu machen, sein Recht ist nicht in iudicium deducirt, der Gegner kann sich nicht auf den Auftrag berufen, da dieser etwas ganz außerhalb des Processes liegendes und nur zwischen dem Mandanten und Mandatar von Wirkung ist, er ist daher nicht sicher, daß der Dominus die Handlungen des Procurators wie die seinigen gelten lassen wird.

s) Gai. IV. 84: — saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud iudicem ostenditur.

t) L. 33 §. 2 D. de procur. (3, 3): publice utile est absentes a quibuscunque defendi —. L. 1 D. de negotiis gestis (3, 5): Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur etc. S. unten §. 160.

u) Gai. IV. 84. L. 35 pr. 40 §. 4 D. de procur. (3, 3) L. 3 §. 3 D. iudic. solvi (46, 7) L. 6 §. 12 L. 8 pr. D. de neg. gest. (3, 5.)

Der Gegner kann daher von dem Procurator Sicherheit gegen die Nichtanerkennung des Processes und seines Erfolgs durch den Dominus fordern, diese Caution leistet der Procurator durch die satisdatio ratam rem haberi, wodurch Ersatz des Nachtheils oder auch eine bestimmte Summe von ihm und den Bürgen versprochen wird, im Fall der Dominus irgendwie die Proceßführung desselben nicht genehmigen würde.[v]) Dasselbe gilt von den Tutoren und Curatoren, nur wurde diesen schon zu Gajus Zeit zuweilen die satisdatio de rato erlassen.[w]) Dagegen hat 2) der Dominus auch kein unmittelbares Recht aus der Proceßführung des Procurators rc. Ist der Gegner diesem condemnirt, so hat nicht der Dominus die actio iudicati, sondern der Procurator, an den sich der Dominus kraft des unter ihnen bestehenden Verhältnisses halten muß.[x]) Tritt endlich 3) für den Beklagten ein solcher Repräsentant auf, so gilt auch hier dasselbe Princip. Wird er condemnirt, so kann die actio iudicati nur gegen ihn, nicht gegen den Dominus aufgestellt werden, der Repräsentant muß die satisfactio iudicatum solvi leisten.[y]) So war also die Repräsentation außer der Cognitur nur eine höchst unvollkommene, wovon vielleicht nur der Fall eines Actor auszunehmen ist, der schon früh, wenn kein Zweifel an seiner wirklichen Bestellung obwaltete, vermöge des schon zur Zeit der Legis Actiones für ihn geltenden Repräsentationsrechts, dem Cognitor gleichgestellt worden zu sein scheint.[z]) Noch ist eine Ungunst gegen Procuratoren zu erwähnen, worin eine Erschwernng dieses Verhältnisses lag, daß nämlich, wer als Procurator für einen Kläger auftrat, alle Klagen

v) Gai. IV. 98: procurator vero si agat, satisdare iubetur ratam rem dominum habiturum, periculum enim est, ne iterum dominus agat, quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit etc. (In diesem periculum liegt aber schwerlich, daß der Dominus unter allen Umständen noch einmal hätte klagen können. Schon Cic. ad Att. 16, 15: neque enim illi (die Procuratoren des Beklagten) litem contestabuntur: quo facto non sum nescius sponsores liberari, setzt offenbar voraus, daß der verus procurator ins Judicium deducire und consumire: Huschke, über Cicero's Forderung an Dolabella, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIV, 2 [1848] R.) Dig. XLVI. 8: ratam rem haberi et de ratihabitione.

w) Gai. IV. 99.

x) Vat. fragm. §. 317.

y) Vat. fragm. §. 317. Gai. IV. 101.

z) L. 6 §. 3 D. quod cuiusc. univ. (3, 4) — „ex edicto" —.

gegen seinen Dominus, auch von Andern als den von ihm Belangten als Defensor zu übernehmen genöthigt wurde. [aa])

Auf die so eben beschriebene unvollkommene Art ließ das prätorische Edict Stellvertreter außer den Cognitores zu. Noch das unter Hadrian redigirte Edict gieng nicht über jene Grundsätze hinaus, die auch Gajus mit geringen Milderungen (Note w) als geltendes Recht vorträgt. Von da an veränderte sich das Recht, indem man weniger Gewicht auf den formellen und processualischen Act, durch welchen der Cognitor bestellt wird, als auf die Existenz und Sicherheit der Vollmacht legte. Während früher durch jenen Umstand die Cognitur von allen andern Stellvertretungen in ihrer Wirkung geschieden wurde, stellte man jetzt dieses materielle Princip als Richtschnur für die Wirksamkeit der Repräsentation auf. Dem zu Folge hat sich nun die Sache so gestaltet: 1) In iudicium deducirt wird das Rechtsverhältniß, welches den Gegenstand des Processes ausmacht, von jedem, der durch einen Auftrag oder ein Amt zur Proceßführung für einen Andern berufen ist, also auch durch Procuratoren und Vormünder, nur vorausgesetzt, daß sie dieß wirklich sind, [bb]) und dieselbe Wirkung hat eine nachfolgende Ratihabition. [cc]) Der Dominus muß die Proceßführung des Repräsentanten gegen sich gelten lassen, er kann die Klage so wenig wiederholen, wie wenn er sie selbst angestellt hätte. Die cautio de rato ist daher nur dann nothwendig, wenn die Vollmacht oder ihre Fortdauer (da sie ja widerrufen oder durch den Tod des Dominus erloschen sein könnte) nicht vollkommen gewiß ist. [dd]) Dieß zu beurtheilen, hieng zunächst von dem Ermessen des Magistrats ab, in Beziehung auf den Pro-

---

aa) Vat. fragm. §. 330. L. 33 §. 3 D. de procur. (3, 3.)

bb) Ulp. L. 11 §. 7 D. de exc. rei iud. (44, 2.)

cc) Ulp. L. 56 D. de iudic. (5, 1) L. 27 pr. D. de procur. (3, 8.)

dd) Von Vormündern L. 23 D. de admin. tut. (26, 7), vom Actor L. 6 §. 3 D. quod cuiusc. univ. (3, 4), von Procuratoren L. 1 C. de procur. (2, 13): cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit. Die Constitution wird in den Handschriften dem Pius und dem Jahr 150 zugeschrieben, da nun Gaius noch das alte Recht aus dem Edict vorträgt, möchte man jene für interpolirt halten (Bethmann-Hollweg, Versuche S. 192). Vielleicht hat aber Gaius, bei seiner Darstellung möglichst an das Edict sich anschließend, unterlassen, die zu seiner Zeit schon begonnene Rechtsänderung anzumerken. Dafür spricht, daß Pius die neueren Principien entschieden bei den Vormündern angewendet hat L. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7.)

curator aber wurde die feste Regel geltend, daß ein procurator praesentis, d. h. den der Dominus persönlich vor Gericht erscheinend als seinen Bevollmächtigten erklärt, und ein procurator apud acta factus, d. h. der eine vor Gericht aufgenommene schriftliche Vollmacht producirt, von der cautio de rato frei sein, daß sie wie Cognitoren behandelt werden sollen, [ee]) endlich ward dieselbe Wirkung einer an den Gegner gerichteten schriftlichen Nachricht von der Bestellung einer gewissen Person als Procurator nebst Verpflichtung zur Ratihabition beigelegt. [ff]) 2) Die Proceßführung des Tutor und Curator verschafft dem Mündel die actio iudicati, wenn der Gegner, eben so aber geht die Klage gegen ihn, wenn der Vormund als Beklagter condemnirt worden ist, [gg]) dasselbe gilt von dem procurator praesentis, der also auch hierin dem Cognitor völlig gleichgestellt ist. [hh]) Consequent mußte man aber diese Wirkung dem Auftrag überhaupt beilegen, und dieß geschah denn auch, nur daß dem Magistrat nach Umständen eine Verweigerung der Klage des und gegen den Dominus ex iusta causa vorbehalten wurde. [ii]) Die Nothwendigkeit der satisdatio iudicatum solvi bei der Repräsentation des Beklagten wurde allgemein beibehalten, nur wurde auch hier der procurator praesentis als Cognitor behandelt, und die Caution daher dem Dominus auferlegt. [kk])

Wir haben gesehen, wie der Einfluß der Proceßführung auf die Rechte des Dominus sich bei den verschiedenen Arten von Stellvertretern verschieden gestaltet. Ein anderes ist die Stellung des Repräsentanten selbst, die von diesen Unterschieden zunächst unabhängig ist, und von der jetzt noch zum Schluß gehandelt werden soll. Welche Wirkungen nämlich auch die Thätigkeit des Repräsentanten für den Dominus haben möge, so viel ist gewiß, daß der Stellvertreter selbst durch seine Litis Contestatio mit dem Gegner in das Proceßverhältniß, und diesem als Partei gegenüber tritt (§. 172); es ist sein Proceß, der durch seine Thätigkeit entstanden ist, wodurch auch sein

---

ee) Vat. fragm. §. 317. 333. §. 3 I. de satisd. (4, 11.)

ff) Modestin. L. 65 D. de procur. (3, 3.)

gg) L. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7) u. a.

hh) Vat. fragm. §. 331. 332.

ii) L. 28 D. de procur. (3, 3) L. 86 D. de solut. (46, 3) L. 5 D. de stipul. praet. (46, 5.)

kk) Vat. fragm. §. 317. L. 46 §. 2 D. de procur. (3, 3) (Cic. in Verr. II. 2. c. 24 in fine. R.)

Eintritt in dieses Verhältniß veranlaßt sein mag: procurator lite contestata *dominus litis* efficitur[ll]) — litis contestatione res procuratoris sit, eamque suo iam quodammodo nomine exsequitur.[mm]) Dieses obligatorische Verhältniß, in welches der Procurator zur Gegenpartei getreten ist, hat eine selbstständige Natur und hängt nicht von der Dauer des Mandats ab, durch das es veranlaßt ist, da es ja eben so gut auch ohne Mandat hätte entstehen können.[nn]) Hat der Stellvertreter als Beklagter litem contestirt, so hat er sich dadurch für die erfolgende Condemnation verpflichtet (er muß sogar die Verpflichtung noch durch die cautio iudicatum solvi bestärken), und ist der actio iudicati unterworfen. Auch wo diese nach dem eben dargestellten Recht gegen den Dominus angestellt werden kann, ist der Stellvertreter nicht schlechthin befreit. Bei dem Cognitor ist dieß der Fall (weßhalb denn auch nicht dieser, sondern der Dominus die cautio iudicatum solvi leistet), und dasselbe gilt nach dem späteren Recht von dem procurator praesentis; andern Bevollmächtigten, bei denen die Klage aus ihrer Condemnation und aus ihrer stipulatio iudicatum solvi ebenfalls gegen den Dominus nach den obigen Grundsätzen gegeben wird, ist eine exceptio doli verwilligt, sofern sie sich dem Gegner nicht noch besonders ausdrücklich oder stillschweigend zur gleichen Haftung mit dem Dominus anheischig gemacht haben.[oo])

Damit hängt noch eine andere Folge zusammen. Nicht alle klagenden Stellvertreter deduciren rem in iudicium, wohl ist aber dieß der Fall bei einem Kläger, der seine Klage gegen einen Stellvertreter anstellt, von welcher Art dieser sein möge, auch gegen einen bloßen Defensor. Indem er sein Recht gegen diesen anhängig gemacht hat, hat er den Dominus von dieser Klage befreit, ähnlich

ll) L. 4 §. 5 D. de appell. (49, 1.)

mm) L. 11 pr. D. de doli mali exc. (44, 4.)

nn) Der Procurator, wenn er einmal litem contestirt hat, kommt aus dem Verhältniß nicht durch Widerruf des Mandats, oder durch seinen oder den Tod des Dominus, so wenig als eine andere in Folge eines Mandats schon contrahirte Obligatio dadurch unwirksam wird. Nur durch Interposition des Prätors kann ex iusta causa eine Veränderung bewirkt werden, L. 16—27 D. de procur. (3, 3.) Von Theodosius und Valentinian wurde eine Ausnahme gemacht für den Tod des Stellvertreters, der Proceß soll nicht auf seine Erben übergehen, L. 7 C. Th. de cognit. et proc. (2, 12.)

oo) Dieß bedeutet der Ausdruck: si se obtulit procurator in L. 61 D. de procur. (3, 3.) L. 4 pr. D. de re iud. (42, 1.)

wie wenn er durch einen Contract mit jenem ihn zum Schuldner statt seines bisherigen angenommen hätte,[pp]) er hat vielleicht gegen den Dominus die actio iudicati, wie wenn er gegen ihn geklagt hätte, aber eben so wird der Dominus gegen die ursprüngliche Klage, die er gegen ihn wiederholen möchte, geschützt (ipso iure oder ope exceptionis: rei in iudicium deductae oder rei iudicatae, s. unten §. 172. 175), wie wenn er selbst belangt worden wäre.[qq]) Diese Befreiung ist im Fall einer absolutorischen Sentenz bei allen Arten von Stellvertretern von Wichtigkeit, bei Defensoren überdieß auch im Fall einer condemnatorischen, wo der Dominus weder mit der alten Klage, noch mit der durch die Condemnation entstandenen actio iudicati belangt werden kann.

CLVII. Unter den Parteien ist eine natürliche Ungleichheit, die darin besteht, daß der Kläger eine Veränderung der bisherigen Zustände fordert, der Beklagte derselben widerspricht; jener muß, was ihm gebührt, wenigstens bis zur Entscheidung entbehren, während dieser bis dahin, was er vielleicht leisten muß, behält. Sofern dieser Umstand die Quantität des zu Leistenden betrifft, indem der Kläger die Nutzung der Zwischenzeit entbehrt, der Beklagte sie zieht, kann die Ungleichheit durch die Condemnation beseitigt werden, wenn diese nicht bloß auf den eigentlichen Gegenstand, sondern auch auf jene entgangenen, und auf der andern Seite ohne rechtlichen Grund genossenen Vortheile gerichtet wird. Aber jene Ungleichheit betrifft auch die Sicherheit, das was uns gebührt, in Folge einer günstigen Entscheidung wirklich zu erlangen, eine Sicherheit, die der Beklagte stets hat, der Kläger nicht, es ist ungewiß, ob er im Fall der Condemnation des Beklagten von diesem wirklich werde befriedigt werden.[a]) Diese Ungleichheit kann durch eine Caution gehoben werden, zu deren

---

pp) L. 11 §. 1 D. de novat. (46, 2): fit autem delegatio (und eben so die Expromissio, ohne Auftrag des bisherigen Schuldners) aut per stipulationem vel per litis contestationem.

qq) L. 10 §. 1 D. de in rem v. (15, 3) L. 23 D. de solut. (46, 3): solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.

a) In Beziehung auf die Kosten, die ihm der Proceß verursacht, und die der unterliegende Kläger ersetzen muß, steht allerdings der Beklagte in dieser Hinsicht wie der Kläger, deshalb hat Justinian eine Caution eingeführt, welche der Kläger dem Beklagten zu leisten hat. Nov. 96 pr. cap. 1. Nov. 112 cap. 2.

Leistung der Beklagte dem Kläger gleich am Anfang des Processes verpflichtet, und wodurch diesem die Realisirung seines Anspruchs verbürgt wird.[b])

Diese Caution erschien (abgesehen hier von ihrer Nothwendigkeit bei Stellvertretern §. 156) besonders dann als eine Forderung der Gerechtigkeit, wenn eine dingliche Klage gegen den Besitzer einer Sache erhoben wird, welche dieser bis zum Ausgang des Processes behält. Nach ältestem Recht gab der Prätor einer Partei den Besitz bis zur Entscheidung, und ließ sie der andern praedes litis et vindiciarum stellen, Bürgen, durch welche für den Fall des Unterliegens die Herausgabe des Streitobjects (lis) und der Nutzungen der Zwischenzeit (vindiciae) garantirt wurde. Dieß wurde übergetragen auf das spätere Verfahren, wo entweder per sponsionem oder per formulam petitoriam geklagt (§. 168), und von dem Beklagten in jenem Fall die stipulatio pro praede litis et vindiciarum, in diesem die stipulatio iudicatum solvi als Satisdation geleistet wurde.[c]) Anders bei persönlichen Klagen; man kann hier sagen, jene Ungleichheit ist nicht erst durch das Proceßverhältniß, sondern schon durch die Natur der Obligatio, aus der geklagt wird, selbst gegeben, der Kläger befindet sich in jener Unsicherheit nicht erst als Kläger, sondern schon als Gläubiger, wenn er sich nicht bei der Entstehung der Obligatio nach einem Sicherungsmittel umgethan hat. Daher verpflichtet der Prätor hier nur ausnahmsweise zur satisdatio iudicatum solvi, und zwar entweder wegen der Be-

---

b) Gai. IV. 88—102. Paul. sent. I. 11: de satisdando. Inst. IV. 11 de satisdationibus. Dig. XLVI. 7: iudicatum solvi.

c) Im justinianischen Recht ist diese Verpflichtung weggefallen, sive enim quis in rem actione convenitur sive personali *suo nomine*, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur, §. 2 I. de satisdat. (4, 11.) — Die processualische Bedeutung der cautio iudicatum solvi in dem alten Vindicationsverfahren hat genau und ausführlich erörtert Wetzell, der römische Vindicationsproceß 1845. (Das Mittel die Caution zu erzwingen, war ein Interdict, welches der Vertheidigung Raum ließ, der unbedingte militairische Rechtszwang (manus militaris) widerstreitet der bürgerlichen Rechtsordnung L. 1 §. 2 D. si ventris (25, 5). Das Interdict lautete: Quem fundum (quam hereditatem, quem usumfructum, quam viam) ille a te petit eum si nolis defendere illi restituas. Vgl. Rudorff edictum perpetuum §. 227. 244—246. Die Folge ist die Besitzübertragung auf den Kläger (translatio possessionis), so daß dem Beklagten nur überlassen bleibt, selber als Kläger aufzutreten. Fur. Anthianus lib. 1 ad edictum L. 80 D. de R. V. (6, 1). L. un. C. uti poss. (8, 6.) R.)

schaffenheit des Beklagten, wenn Gewißheit oder dringender Verdacht der Insolvenz vorliegt (vergl. §. 160 Note q), oder wegen der Natur der Klage, die einen solchen Vorzug zu verdienen schien: solche Klagen waren die actio iudicati gegen den schon verurtheilten Schuldner, die Klage des Sponsor gegen den Schuldner, für den er sich verbürgt und bezahlt hatte (actio depensi), und die des Ehemannes gegen die Frau, welche durch ihre Vergehen zur Scheidung veranlaßt hatte, auf die Vermögensnachtheile, die sie deshalb erlitt (actio de moribus mulieris).[d]

Das Verhältniß der Parteien im Civilverfahren ist ein Rechtsstreit, den sie gegen einander erheben, ein iurgare: iure agere, worin nicht bloß liegt, daß dieser Streit auf rechtlichem Wege, sondern auch um das Recht und mit auf das Recht gerichtetem Willen geführt wird. Leichtfertiger Weigerung des Beklagten, das Recht des Klägers anzuerkennen, und wissentlicher Erhebung eines ungerechten Anspruchs (calumnia) ist durch passende Mittel möglichst zu begegnen. Zu diesen Mitteln, wodurch gegen jenen Mißbrauch der geordneten Rechtshülfe die gefährdete Partei und das Institut der Rechtspflege selbst in Schutz genommen werden soll, gehört namentlich die Androhung besonderer Nachtheile, die den Unterliegenden außer dem Proceßverlust treffen, auf daß er entweder von leichtfertigem oder böswilligem Streite abgeschreckt werde, oder für dasselbe büße.[e]

Die Mittel, welche darauf berechnet sind, den Beklagten von muthwilligem Processiren abzuhalten, sind folgende. Zuweilen ist es ein besonderer Vermögensnachtheil, der ihn im Fall des Unterliegens trifft, entweder ipso iure, da wo er, wenn er läugnet und es zum Urtheil kommen läßt, in ein Mehrfaches condemnirt wird (lis infitiando crescit in duplum): bei der actio iudicati, depensi, legis aquiliae, Klage auf ein per damnationem legirtes certum, actio de modo agri wegen betrüglicher Angabe des Verkäufers,[f]

---

d) Noch einen Fall enthält Gai. IV. 169 bei dem iudicium fructuarium (s. unten §. 169), wo Huschke's glücklicher Blick anstatt: quo nomine actoris satis accipiat, die wahre Lesart: quo nomine actor i s (d. i. iudicatum solvi) satis accipit entdeckt hat, Krit. Jahrbb. 1839. S. 26.

e) Gai. IV. 171—182. Inst. IV. 16: de poena temere litigantium.

f) Gai. IV. 9. Paul. sent. I. 19: quemadmodum actiones per infitiationem duplantur. Sell, Jahrbücher II. 1 (1843). In solchen Fällen soll

oder vermöge einer Sponsion, welche der Kläger fordern kann, und durch die der Beklagte eine gewisse Strafe in jenem Fall verspricht (sponsio poenalis); dieses Recht hat der Kläger bei gewissen Klagen, wobei zugleich die Summe bestimmt ist, die als Strafe versprochen werden muß: so bei der Klage auf certa pecunia

---

der Beklagte nicht gehört werden, wenn er sich auf eine Uebereinkunft beruft, durch die der Kläger sich mit ihm verglichen, also auf den Rechtsweg verzichtet habe, Paul. l. c §. 2. Wie ist dieß zu verstehen, da in manchen dieser Fälle entschieden ein Vergleich zugelassen wird (§. 179 Note d)? Nur so, daß ein Pactum ungültig ist, wodurch man sich von einer Strafe für eine künftige Handlung frei machen will, L. 27 §. 4 D. de pact. (2, 14); dieß kann bei jener Uebereinkunft der Fall sein, da es sich hier nicht um eine fällige, sondern um eine künftige Strafe für ein künftiges Vergehen handelt. — Sell a. a. O. S. 63 sucht den Grund jenes Rechtssatzes in dem für jeden Vergleich geltenden Erforderniß der Ungewißheit des Anspruchs, beschränkt ihn daher auf den Fall, wo die Existenz des Urtheils, des Depensum rc. nicht bestritten war. Aber auf diese Weise hört der Rechtssatz auf, eine Eigenthümlichkeit der angedrohten Strafe zu sein. Unverständlich ist mir die Zurückführung auf dasselbe Princip durch Huschke (Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. XIII S. 273 f.) mittelst des Satzes, daß bei allen jenen Klagen eine absolute Gewißheit nicht bloß im Gegenstand, sondern auch in der Begründung eintrat. Ich sehe nicht ein, wie man von einer absoluten Gewißheit der Existenz des Anspruchs aus zur Zulassung des Abläugnens durch den Beklagten und Instruction eines Processes (statt den „Unverschämten" gleich beim Kopf zu nehmen) gekommen wäre. Nehmen wir es aber mit der „Gewißheit" nicht so wörtlich genau, so mag sich daraus erklären, warum man in jenen Fällen eine Strafe für gerecht hielt, nicht dagegen, warum ein Vergleich ausgeschlossen wurde. (Die Schwierigkeit löst sich vom processualischen Standpunkt aus: 1) Die rechtskräftige Entscheidung gestattet nur noch Nichtigkeitsbeschwerde, die abermalige Verurtheilung des Beklagten in dieser führt von selbst zur Leistung des Doppelten, dieß ist die sententiae in duplum revocatio, §. 181. Cic. pro Flacc. c. 21. 2) Eben daher ist die condictio indebiti ausgeschlossen, damit auch indirect die bereits entschiedene Schuld nicht von Neuem und unter Umgehung der Succumbenzstrafe in Frage gestellt werde: L. 4 C. de cond. indeb. [4. 5.] §. 7 I. de obl. quasi ex contr. [3, 27.] 3) Die Ausschließung der Sühne dagegen folgt allerdings einfach aus dem Wegfall des Streits, mit dessen Erneuerung daher die Möglichkeit in der Appellationsinstanz wiederkehrt. — Später wurde dieses Urtheilsrecht ausgedehnt auf die Condemnatio ohne Judicat, z. B. durch die lex aquilia, das Damnationslegat u. s. w.: auf die Einräumung des Klaggrundes folgt sogleich das Liquidationsverfahren [arbitrium litis aestimandae] L. 25 §. 2 L. 26 ad legem aquil. [9. 2] L. 3 de confess. [42, 2], das Läugnen des Beklagten wird als Querel behandelt, die Einreden fallen weg und der Beweis des Klaggrundes hat Verurtheilung auf das Doppelte zur Folge, L. 43 pr. de R. I. [50, 17]. — Die angebliche Ausdehnung über die damnatio hinaus z. B. auf die actio de modo agri beruht auf einem Mißverständniß. Rudorff, über die Litiscrescenz: Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIV. 9 [1848]. R.)

credita, wo die Strafe den dritten Theil des Streitobjects beträgt,[g]) bei der actio de pecunia constituta, wo sie sogar die Hälfte ausmacht, dann bei den Interdicten (§. 169). Bei manchen Klagen ist es ein anderer Nachtheil, der dem Beklagten, wenn er es auf die Verurtheilung ankommen läßt, droht, die Verurtheilung macht ihn zum infamis (actiones famosae): diese Folge hat die Verurtheilung wegen Diebstahls, Raubs, Injuria, Betrugs, sodann wegen gewisser Contractsobligationen, bei denen man sich in einem vorzüglichen Grad auf die Rechtschaffenheit der andern Partei verläßt, so daß die Täuschung dieses Vertrauens doppelt verächtlich ist: wer eine Verbindlichkeit durch fiducia übernommen hat,[h]) wer als Mandatar, Depositar, Vormund, Socius sich verurtheilen läßt, wird infamis. Doch kann in allen diesen Fällen die Infamia dadurch vermieden werden, daß der Beklagte durch einen andern sich vertreten läßt,[i]) hier wird jener nicht infam, weil er nicht condemnirt wird, dieser nicht, weil er nicht in dem verpönten Fall sich befindet. Wo nun keines dieser Mittel gegen die Gefahr eines böswilligen Läugnens Anwendung findet, und auch die Klage nicht von Anfang auf eine Strafe geht, kann der Kläger von dem Beklagten

---

g) S. außer Gaius (Note e) Cic. pro Rosc. com. 4. 5. (Heimbach, Lehre vom Creditum [1849] S. 588, nimmt freilich daneben ein einfaches Judicium ohne Strafstipulation für Peregrinen an. Diese hatten aber 1) dasselbe ius creditae pecuniae wie römische Bürger [Bd. III §. 261 o]. 2) In der Lex Rubria c. 21 v. 6. 7. 16 bezeichnen die Worte: „se sponsione iudicioque uteive [lies utei, wie Ritschl legis rubriae pars superstes 1851 p. 15 mit Recht erinnert] oportebit non defendet" nur verschiedene Formen des Ungehorsams, nicht, wie Heimbach annimmt, des Processes, nämlich Verweigerung der Leistung oder der Bestreitung des ausdrücklich oder stillschweigend Eingestandenen. 3) Bei Gellius XIV, 2 endlich kann de calumnia damnari eben so gut auf die Sponsion als das Judicium wegen Chicane bezogen werden, Gai. 4, 174. R.)

h) Lex Iulia munic. (tab. heracl. Z. 111) Cic. pro Roscio com. 6, pro Rosc. Amer. 38., pro Caec. 2. 3. (Die entehrenden Klagen enthalten keine eigentlichen Proceßstrafen, da sich die Infamie nicht nur an die Verurtheilung, sondern auch an den Vergleich (pactum) knüpft. Merkwürdig aber sind die infamirenden Contractsklagen wegen Dolus insofern als sie erst allmählich durch das Schuldmoment und die Strafe hindurchgegangen, ehe sie schließlich Civilklagen auf Ersatz geworden sind. Damit hängt das Schwanken über die Haftpflicht der Erben zusammen. Rhet. ad Herenn. 2, 13. 10. M. Drusus praetor urbanus quod cum herede mandati ageretur iudicium reddidit, Sex. Iulius non reddidit' L. 34, 36 D. pro soc. (17, 2) L. 1 pr. §. 1 L. 4 D. de fidei tut. (27, 7.) R.)

i) Das prätorische Edict in L. 1 D. de his qui not. infam. (3, 2.)

das iusiurandum calumniae fordern: non calumniae causa se infitias ire.

Aber auch einer calumnia des Klägers soll möglichst vorgebeugt werden. Vor allem hat der Beklagte, wenn der Kläger abgewiesen worden ist, das calumniae iudicium auf den zehnten (bei Interdicten den vierten) Theil des eingeklagten Werths, welches gegen alle Klagen stattfindet, aber den Beweis voraussetzt, daß der Kläger seines Unrechts bewußt gewesen sei. In einigen Fällen ist dieser Beweis nicht nöthig, es ist hinreichend, daß der Kläger den Proceß verloren hat; hier heißt die Klage contrarium iudicium, welches gegen die Injurienklage gegeben wird (auf den zehnten Theil des vom abgewiesenen Kläger Geforderten), ferner gegen zwei andere Klagen auf den fünften Theil. Sodann hat der Beklagte überall, wo der Kläger eine sponsio poenalis fordert, das Recht, eine restipulatio zu verlangen, wodurch der Kläger zu derselben Strafe für den Fall seines Unterliegens sich anheischig macht. Endlich kann der Beklagte das iusiurandum calumniae von dem Kläger fordern. Keines dieser verschiedenen Mittel kann übrigens mit dem andern verbunden werden.[k])

D. Ort und Zeit des Verfahrens.

CLVIII. Ort und Tageszeit der gerichtlichen Verhandlungen vor dem Prätor und dem Richter werden in einer Stelle der Zwölf Tafeln folgendergestalt erwähnt: ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem causam coniciunt (coniiciunto oder conicito), quom perorant ambo praesentes. Post meridiem praesenti litem addicito. Sol occasus suprema tempestas esto.[a])

Jeder Ort, wo der Prätor dem Gesetz und der Sitte gemäß sein Amt verwaltet, heißt ius.[b]) In dieser Beziehung aber ist eine

k) Es mag hier gleich bemerkt werden, daß im justinianischen Recht von diesen verschiedenen Mitteln das calumniae iudicium, das contrarium, die sponsiones und restipulationes nicht recipirt sind, dagegen soll der improbus litigator dem Gegner die verursachten Schäden und Proceßkosten ersetzen, und der Richter ex officio beide Theile zum iusiurandum calumniae anhalten.

a) Bis coniciunt in den Rhet. ad Herenn. II. 13. Von ante meridiem an bei Gell. XVII. 2. Der letzte Satz bei Varro de L. L. VII. 51 u. A.

b) L. 11 D. de iust. et iure (1, 1): — alia significatione ius dicitur

doppelte Classe von Handlungen unterschieden. Die eine kann nur auf dem Tribunal, pro tribunali,[c]) vorgenommen werden, der Bühne, auf der die sella curulis des Magistrats steht, und mit ihm die sein Consilium bildenden Personen (Assessoren, Richter) sich befinden. Das Tribunal wurde auf dem comitium errichtet, dem patricischen Theil des Forums. Dieß war der Ort der Verhandlungen vor dem Prätor in den vor das Tribunal gehörigen Sachen, zugleich aber auch der Verhandlungen vor den Richtern, die als Consilium des Prätors zu betrachten waren, namentlich den Decemvirn. Andere Richter dagegen, welche der Prätor bestellte, hielten ihre Sitzungen auf dem eigentlichen Forum. Ursprünglich geschah wohl jede Jurisdictio des Prätors pro tribunali, also auf dem Comitium, bald aber wurde die iurisdictio voluntaria, also die legis actio außerhalb eines Rechtsstreits, für Manumissionen, In Jure Cessionen, auch an andern Orten zugelassen, wo sich eben der Magistrat befand,[d]) dieß wurde nothwendig, um in den Sitzungen pro tribunali für die wichtigeren Functionen Zeit zu gewinnen. Dieses Verfahren de plano, wie es gegenüber dem pro tribunali hieß, wurde später auf noch andere Fälle erstreckt, die ohne die sonstige Feierlichkeit der Gerichtshandlungen abgethan werden konnten. Wo man sich durch eine Bittschrift an den Magistrat wendet, und er einen schriftlichen Bescheid giebt, braucht dieß natürlich nicht pro tribunali zu geschehen, eben so auch bei einem mündlichen Anliegen, auf welches er von kurzer Hand eine Verfügung trifft, z. B. bei Beschwerden der Eltern über ihre Kinder, der Patrone über ihre Freigelassenen, die durch eine Verwarnung oder durch eine geringe Strafe erledigt werden.[e]) Diese Fälle wurden nach und nach häufiger, so daß später besondere Sitzungen für diese geringeren Händel stattfanden, sessiones de plano.[f]) Die Regel war die: die Thätigkeit des Magistrats im ordentlichen Verfahren gehörte auf das Tribunal,

---

locus, in quo ius redditur — quem locum determinare hoc modo possumus: ubicunque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.

c) Paul. Diac. ex Festo: Pro significat in, ut pro rostris, pro aede, pro tribunali.

d) Gai. I. 20.

e) L. 1 §. 1 D. de const. princ. (1, 4) L. 9 §. 3 D. de off. procons. (1, 16) L. 6 D. de accus. (48, 2.)

f) Vat. fragm. 161.

eben so jede Rechtssache, welche causae cognitio und decretum erforderte,[g]) die andern wurden de plano abgethan, und Gelegenheit oder Gutdünken der Behörde gab den Ort dafür an die Hand. — Die vollkommenste Oeffentlichkeit fand Statt, als die Sitzungen der Magistrate und der Gerichte auf offenem Markte gehalten wurden; als man es in der dritten Periode bequemer fand, sie in bedeckte Räume zu verlegen, was am frühesten in den Provinzen geschah, blieb doch der Zutritt des Volks rechtlich noch uneingeschränkt, erst in der vierten Periode trat eine Beschränkung ein, welche nach und nach das Volk von der Gegenwart bei den gerichtlichen Verhandlungen im wesentlichen ausschloß (Bd. I §. 123 S. 530 f.)

Die Tageszeit für die gerichtlichen Verhandlungen (vor dem Magistrat oder dem Richter: in comitio aut in foro) soll nach dem Zwölftafelgesetz der Vormittag sein, d. h. sie sollen hier begonnen werden, so daß wer bis Mittag nicht erscheint, als Deferent behandelt werden soll (§. 160). Zu Cicero's Zeit wurde dieser Termin bis auf die zehnte Stunde des Tags erstreckt.[h]) Die Verhandlungen sollen sich nicht über Sonnenuntergang hinaus verlängern, aber sie sollen auch nicht früher abgeschnitten werden, doch hat eine Lex Plätoria dem Prätor gestattet, dem Volk eine andere Schlußzeit verkündigen zu lassen.[i])

---

g) L. 3 §. 8 D. de bon. poss. (38, 1) L. 2 §. 1 D. quis ordo (38, 15) L. 9 §. 1 D. de off. proc. (1, 16) L. 1 §. 1 D. de const. princ. (— vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est —).

h) Cic. in Verr. II. 17. (Varro de ling. lat. VI. 89. Cosconius in actionibus scribit praetorem accensum solitum tum esse iubere, ubi ei videbatur horam esse tertiam inclamare horam tertiam esse, itemque meridiem et horam nonam R.)

i) Varro de L. L. VI. 5. Suprema summum diei — hoc tempus XII tabulae dicunt occasum esse solis; sed postea lex plaetoria id quoque tempus iubet esse supremum, quo praeco in comitio supremam pronuntiavit populo. (Plin. hist. nat. VII. 60: accensus consulum a columna maenia ad carcerem inclinato sidere supremam pronuntiabat.) Vielleicht hat das Gesetz zunächst den Zweck gehabt, auch die dies intercisi für die Verhandlungen brauchbar zu machen: per quos mane et vesperi est nefas, medio tempore inter hostiam caesam et exta porrecta fas (Varro VI. 31). Einen Satz der Lex giebt Censorin. de die nat. 24 (Jahn): praetor urbanus qui nunc est quique post hac fuat, duos lictores (vgl. Plaut. epid. I, 1. 23—26. R.) apud se habeto usque supremam ad solem occasum iusque inter cives dicito. (Dieser Satz schärft freilich nur die frühere Regel ein: der Prätor soll sich durch Verkündigung einer frühern Schlußzeit (auf

In der dritten Periode galten als Gerichtszeit die Stunden von der zweiten bis zur zehnten.[k])

Nicht an jedem Tag wurden gerichtliche Verhandlungen vorgenommen. Vor allem gab es Tage, an welchen eine Legis Actio nicht möglich war, weder in einem Rechtsstreit noch sonst; dieß sind die dies nefasti,[l]) über sechzig, zu denen noch eine beträchtliche Anzahl solcher kommen, die theilweise nefasti sind (intercisi und nefasti priores). Die Unstatthaftigkeit der legis actio wurde auch auf die Bestellung eines Judiciums nach dem Verfahren der Lex Aebutia ausgedehnt. Den dies nefasti stehen gegenüber die dies fasti, ohngefähr vierzig an der Zahl; es sind die gesetzlich für die Ausübung der Jurisdiction bestimmten, an denen daher auch der Magistrat gehalten war, sein Amt zu verwalten. Zu diesen kommen noch gegen 190 dies comitiales, für die Volksversammlungen bestimmt, die weder an dies nefasti noch fasti möglich sind. Diese dies comitiales standen den Magistraten für ihre Jurisdiction ebenfalls zu Gebote, wenn sie nicht zu Volksversammlungen benutzt wurden, wodurch also die geringe Anzahl der dies fasti ohne Nachtheil war. Eine andere Eintheilung als die in dies nefasti, fasti, comitiales ist in dies festi (religiöse Feste: sacrificia, epulae, ludi, feriae) und profesti, daher kann ein dies fastus zugleich festus, ein profestus nefastus sein. Vielleicht aber galt ursprünglich der Grundsatz, daß wenn ein dies fastus auf einen festus falle, er dadurch seine Eigenschaft als fastus für dießmal verliere. Dieser Grundsatz wurde allmählich beschränkt; so galt er vor der Lex Hortensia von den nundinae, den Markttagen, die zu den feriae gerechnet werden, dieses Gesetz aber verfügte, daß auch diese fasti sein könnten.[m])

Befehl des Consuls] nicht abhalten lassen, die Verhandlungen bis Sonnenuntergang fortzusetzen. Damit stimmt überein, daß noch Nov. 82 c. 3 die Sitzungszeit *εἰς δείλην ὀψίαν* ausdehnt: Osenbrüggen, zur Interpretation des Corpus Juris 1842. VI. R.)   *k*) Paul. sent. IV. 6, 2.

l) Vgl. darüber und über das Folgende vornehmlich Varro de L. L. VI. 29—31 (Müll.) Macrob. saturn. I. 16. Bethmann-Hollweg, Handbuch 1 §. 19.

m) Das Recht vor der Lex Hortensia v. 468 war eine Marktfreiheit, zum Vortheil der Plebejer, gegen die bei ihrer Anwesenheit an den nundinae kein Verfahren erhoben werden sollte, was bei dem alten strengen Schuldrecht eine bedeutende Wohlthat war. In der Mitte des fünften Jahrhunderts hatten sich die Dinge geändert, hier schien es ein Vortheil, wenn der Landmann bei Gele-

Andere Bestimmungen galten für die Verhandlungen in iudicio. Diese wurden durch die Eigenschaft eines Tags als dies nefastus nicht gehindert, dagegen war es nicht gewöhnlich, sie an den Festen, namentlich während der ludi und feriae zu halten.[n]) Von der Zeit an, wo das Institut der iudices delecti auch auf die Civilgerichte übertragen wurde, der Richterberuf als ein Amt erschien, und den auf die Richterlisten Gesetzten zugemuthet wurde, sich für eine Berufung zur Uebernahme eines einzelnen Falls bereit und gegenwärtig zu halten, wurde eben deshalb, um die Last zu vermindern, eine Gerichtszeit angenommen, in welcher die Richter zu Rom anwesend sein mußten. Dafür entstand der Ausdruck actus rerum (quum res aguntur); dieser actus trat zweimal im Jahre ein, in den Winter- und in den Sommermonaten, beides durch eine große Vacanz im Frühjahr und eine solche im Herbst getrennt.[o]) Neben diesen machten die Richter noch andere Vacanzen geltend, welche August beseitigte, indem er überdieß noch dreißig Tage gewisser Spiele dem actus rerum zuwies.[p]) Claudius hob die Vacanzen des Frühjahrs und Herbstes auf (Note o), und gab statt deren Eine Vacanz am Ende und Anfang des Jahrs, auch diese beseitigte Galba, und es blieben also als Vacanzen nur die Tage der ludi und feriae selbst übrig, soweit nicht bei einzelnen (wie von August Note p) ein anderes verfügt war.

Eine neue Einrichtung machte Marc Aurel durch ein Senatusconsultum.[q]) Die Geschäftstage für die Jurisdiction der Magistrate

---

genheit seiner Anwesenheit in der Stadt an den Markttagen zugleich seine rechtlichen Geschäfte abmachen, namentlich der iurisdictio voluntaria des Prätors sich bedienen konnte. (Durch Mommsen's röm. Chronologie (Beilage III) und die Herstellung der 19 Julianischen Steinkalender (Corp. inscr. lat. p. 293—412, vgl. darüber Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgesch. 3, S. 183 ff.) ist in die Geschichte des römischen Kalenders überhaupt und auch in das System der dies fasti und nefasti größere Klarheit gekommen. Entscheidend für die ganze Auffassung bleibt aber dennoch, ob man mit Bethmann-Hollweg, Civilpr. (1864.) I, S. 83 von jenen dies fasti, oder aber mit Hartmann, röm. Gerichtsverfassung 1859 S. 64 f. und Rudorff. röm. Rechtsgesch. II, §. 115 von den dies nefasti ausgeht. R.) *n*) Cic. in Verr. Act. I. 19.

o) Sueton. Claud. 23: rerum actum, divisum antea in hibernos aestivosque menses, coniunxit. (Das Ende des actus rerum wird durch den Ausdruck res prolatae, der Anfang durch res redeuntes bezeichnet. Plauti Captivi I, 1. 10. 17. Cic. pro Mur. 13 und öfter. R.)

p) Sueton. Octav. 32.

q) Dig. II. 12: de feriis etc. Capitol. Marc. 10: iudiciariae rei sin-

und für die Functionen des Richters verschieden zu bestimmen, war keine Veranlassung mehr, diese Unterscheidung wurde als eine der Gegenwart unangemessene Antiquität abgeschafft. Marcus setzte überhaupt 230 Tage fest, an welchen die gerichtlichen Verhandlungen (sei es vor dem Prätor, sei es vor den Richtern) stattfinden sollten; diese Zahl ergab sich, indem man die dies comitiales, welche mit dem Abkommen der Volksversammlungen sämmtlich der Jurisdiction offen stunden, zu den dies fasti hinzurechnete, unter dem Namen dies iudiciarii. Den Prätoren wurde die Entscheidung, ob sie von diesen Tagen Gebrauch machen wollten oder nicht, entzogen, nur das blieb ihrem Ermessen überlassen, gewisse Sessionen gewissen Rechtssachen ausschließlich zu widmen.[r]) Den 230 dies iuridici gegenüber heißen nun die übrigen feriae, dies feriati, an denen keine Jurisdictions- und richterlichen Handlungen vorgenommen werden sollen, mit Ausnahme der Handlungen der iurisdictio voluntaria.[s]) Denn mit Zustimmung aller betheiligten Personen kann auch ein dies feriatus ein geeigneter Tag, auch sogar für Rechtsstreitigkeiten werden.[t])

(In den Provinzen wurden die Rechtssachen auf den Landgerichten [fora, conventus] verhandelt, welche der Statthalter auf seinen Rundreisen entweder in bestimmten Kreisstädten abhielt, oder auch, wenn keine privilegia fori entgegenstanden, willkürlich ausschrieb [§. 67 f. §. 152 f.. Diese Einrichtung bildete die Regel, die Convente heißen daher ordinaria iudicia, die Verweisung einer Rechtssache an den ordentlichen Gerichtstag wird abwechselnd durch ad forum und ad ius ordinarium reiicere, die sofortige eigene Cognition des Statthalters, welche in eiligen und schweren Fällen eintrat, als eine Untersuchung extra ordinem bezeichnet.[u]) Aber

gularem diligentiam adhibuit, fastis dies iudiciarios addidit, ita ut ducentos triginta dies annuos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret.

r) Bethmann-Hollweg, Handbuch I §. 19. Note 30.

s) Paul. sent. II. 25, 3: emancipatio etiam die feriato fieri potest.

t) Ulpian. L. 6 D. de feriis (2, 12), der wohl nicht bloß die Erndte- und Weinleseferien im Sinn hat.

u) Dieß beweisen folgende, meist aus Ulpian de officio proconsulis entlehnte Stellen: Collat. 7 c. 4 §. 1 = L. 1 D de fur. baln. (47, 17, Collatio 12 c. 6 §. 1; L. 3 D. de priv. del. (47, 1.) Ferner Collatio 11 c. 4 §. 1 = Paul. sent. V. 18 §. 3. Plin. ep. 10, 85

auch auf dem Landtage selbst war ein gewisser ordo causarum durch den Drang der Geschäfte geboten: die Beschwerden der Städte gegen einander wurden als die dringendsten vorgezogen,[v]) unter den Privathändeln entschied das Loos [dicas sortiri] über die Richterdecurie, wie die Zeitfolge des Aufrufs einer rechtzeitig d. h. gewöhnlich einen Monat vorher eingeschriebenen Rechtssache [dica scripta],[w]) den Beschluß machten die Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, z. B. die Manumissionen, die am letzten Conventstage vor einem aus zwei Decurien gebildeten Consilium erledigt wurden.[x]) Mit der Zerstückelung der großen Provinzen hörte diese Form von ordinaria iudicia auf[y]) und nie geringfügigern Sachen wurden nunmehr an iudices pedanei verwiesen.[z]) R.)

CLIX. Die Zeit der Vornahme einer gerichtlichen Handlung, die zu den Bestandtheilen eines Processes gehört, kann bestimmt sein theils durch Vertrag, theils durch Gesetz, theils durch die Gerichtsbehörde. Davon wird bei dem Verfahren selbst die Rede sein. Aber für den Proceß überhaupt kann eine Zeit gesetzt sein, nach deren Ablauf er erlischt.[a])

Es giebt Iudicia, welche lediglich auf dem Imperium des Magistrats, der sie bestellt hat, beruhen (imperio continentur). Diese erlöschen, sowie das Imperium dessen, der sie gegeben hat, oder in

---

v) Z. B. Caesar, B. G. 8, 46. Paul. ex Festo v. forum.

w) Cic. in Verr. II. 2, 15 (§. 154a) 17, 42; 18, 44. Serv. ad Aen. 6, 431 *sine sorte*: sine iudicio. traxit autem hoc ex more romano: non enim audiebantur causae nisi per sortem ordinatae: tempore enim quo causae agebantur conveniebant omnes (unde et *concilium* ait) et ex sorte dierum ordinem accipiebant, quo post dies triginta suas causas exequerentur. Walter, Gesch. des röm. Rechts §. 695 folgert hieraus die Fortdauer der Lex Pinaria im Formularproceß, allein die Convente in den Provinzen liegen dem Grammatiker näher. Vgl. ad Aen. 5, 758. f. auch Keller, röm. Civilpr. S. 220 Note 608. Eine Feststellung der Reihefolge der zwischen zwei actus rerum in einem annus litium eingegangenen Processe kam auch in Rom vor. Das ist der ordo causarum, Festus v. ordinarium. Die außer der Reihe verhandelten Sachen sind extra ordinem, Tacit. ann. XIII. 51. Sueton. Vesp. 10. Domit. 8.

x) Gai. I. 20. Theoph. §. 4 I. qui et a quib. I, 6.

y) Theoph. pr. I. de succ. subl. III. 12. Hartmann, Contumacialverfahren S. 216 ff. Daher ist das ad forum reiicere in den von Justinian aufgenommenen Stellen der Schrift de officio proconsulis (Note u) überall gestrichen. *z*) L. 5 C. de pedan. iud. (3, 3.) L. 8 C. Th. de iurisd. (2, 1.)

a) Gai. IV. 103—109. (Plautus, pseudol. I. 3, 27; 5, 8. R.)

dessen Auftrag sie gegeben worden sind, aufhört, wenn die richterliche Sentenz nicht bis dahin erfolgt ist. Solche sind alle außerhalb Roms (extra primum urbis miliarium) bestellten, ferner von in Rom angeordneten alle recuperatorischen, endlich alle, bei denen eine Partei oder der Richter Peregrine ist. Ihnen stehen gegenüber die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden iudicia (quae legitimo iure consistunt): dieß sind die zu Rom unter einem Judex übernommenen, vorausgesetzt, daß alle Personen, unter denen sie bestehen, römische Bürger sind. Gaius selbst warnt vor der Verwechselung dieser legitima iudicia mit den iudicia ex lege, d. h. welche die Folge einer durch eine Lex gegebenen Klage sind. Also nicht für den Inhalt (das darin verhandelte Recht), aber für die Form dieser Judicia ist eine Lex die Quelle, der Judex ist lege datus, und die Dauer seines Officiums hängt daher nicht von dem Imperium des Magistrats ab. Die dadurch mögliche Hinziehung der Processe durch viele Jahre wurde von der Zeit an, wo die bestellten Richter aus den iudices selecti genommen wurden, unpassend, es lag im Interesse der zu dem munus iudicandi Berufenen, daß ihnen nicht vielleicht lange Zeit nachdem sie aufgehört hatten auf den Richterlisten zu stehen, durch die Indolenz der Parteien noch eine Last unerledigter Processe auf dem Hals blieb. Daher schrieb gleich dasselbe Gesetz, welches das Institut der iudices selecti wahrscheinlich auf die Civilprocesse übertrug, die lex iulia iudiciaria (iudiciorum privatorum) vor: daß ein legitimum iudicium in anderthalb Jahren, wenn nicht das richterliche Urtheil bis dahin erfolgt sei, erlöschen solle, und erleichterte dadurch das munus iudicandi. [b])

Gerichtsverfahren:

A. Einleitung des Processes.

CLX. Zur Erhebung des Rechtsstreits war die Anwesenheit beider Parteien in iure nöthig. Das Mitttel, das dem Kläger ge-

b) Dieß halte ich für den wahren Sinn des Gesetzes, nicht den, daß es unbestimmt oder zum Vortheil der Parteien die Beschleunigung der Processe beabsichtigt hätte. (Legitima iudicia kommen auch in den Peregrinenstaaten vor, welche ihre leges behalten haben: so streiten in Sicilien die Bürger desselben Staats [civis cum cive] in ihrer Stadt [domi] nach ihren Gesetzen und vor einem Richter aus ihrer Nation, und erst gegen Ungenossen gab der Statt-

geben ist, die Gegenwart des Beklagten zu erlangen, ist ein außergerichtlicher Act, die in ius vocatio: persönliche Aufforderung, dem Kläger vor Gericht zu folgen. In die Wohnung des Beklagten darf er nicht eindringen, und bei gewissen Personen ist die Vocatio theils nichtig, theils mit einer Pönalklage bedroht, wenn sie ohne besondere Erlaubniß des Prätors geschieht.[a]) Die Zwölf Tafeln verpflichten den Vocatus zu folgen, einem Altersschwachen oder Bresthaften muß der Kläger ein Fuhrwerk stellen.[b]) Weigert sich der Aufgeforderte, so soll der Kläger Zeugen aufrufen, bei fortgesetzter Weigerung hat er die Manus Injectio.[c]) Fehlt ihm ein Zeuge, so kann er vor der Wohnung des Beklagten eine öffentliche Aufforderung erlassen,[d]) dieß ersetzt das Zeugniß, und berechtigt, wenn der Geforderte dazu schweigt, und nachher betroffen wird, ebenfalls zur Manus Injectio. Der Vocatus ist indessen der Nothwendigkeit zu folgen überhoben, wenn er einen vindex stellt, der für ihn den Proceß übernimmt, dem Kläger folgt und jenen aus der Manus Injectio befreit.[e]) Das prätorische Edict hat dem Kläger statt der Manus Injectio gegen den Gerufenen, der sich weigert, eine Klage auf eine Geldstrafe gegeben,[f]) und statt des Vindex die cautio iudicio sisti eingeführt, wodurch der Gerufene verspricht, an einem bestimmten Tag zu erscheinen, und einen Bürgen deshalb stellt, der locuples pro rei qualitate sein soll.[g]) Erscheint der Beklagte nicht, so kann gegen ihn oder den Bürgen auf die verabredete Strafe (poena desertionis), oder auf das Interesse geklagt werden, wenn nicht eine ent-

---

halter die Richter, Cic. in Verr. II. 2 c. 13 Bd. 1 §. 67 d. Die Gewährung eines solchen einheimischen Gerichts heißt ad leges suas [c. 21, 37] oder Romam reiicere [c. 60 cf. Cato de re rust. c. 149 in fin.] R.)

a) Dig. II. 4: de in ius vocando.

b) Gell. XX. 1: si morbus aevitasve vitium escit, qui in ius vocabit iumentum dato, si nolet arceram ne sternito.

c) Porphyr. ad Hor. serm. I. 9, 65: si in ius vocat ni it antestator, igitur em capito — Festus v. struere: si calvitur pedemve struit, manum endo iacito.

d) Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus (vgl. § 151a) ob portum obvagulatum ito, Festus v. portum und vagulatio. Dieser Zusammenhang der Stelle ist wahrscheinlicher, als der mit dem Zeugenbeweis.

e) L. 22 §. 1 D. de in ius voc. (2, 4) Assiduo vindex assiduus esto, proletario quoi quis volet vindex esto, Gell. XVI. 10. Vgl. noch §. 162.

f) Dig. II. 5: si quis in ius vocatus non ierit. Gai. IV. 46.

g) Dig. I. 6: in ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent. Von sehr nahe verbundenen Personen muß jeder Bürge angenommen werden.

schuldigende iusta causa des Nichterscheinens dargethan wird. Die Stellung muß, wenn diese Klage vermieden werden soll, in eadem causa geschehen, d. h. es darf mit dem Beklagten keine Veränderung vorgegangen sein, welche den gegen ihn zu erhebenden Proceß erschwert.[h]) Auch gegen dritte Personen, welche den Erfolg der in ius vocatio oder der cautio iudicio sisti hindern, giebt der Prätor Klagen.[i])

Erscheinen nun die Parteien in iure, so wird regelmäßig die Verhandlung vor dem Magistrat an diesem Tag keineswegs zu Ende gebracht, denn der Kläger zeigt nun erst dem Beklagten an, welche Klage er gegen ihn anzustellen gedenke, editio actionis,[k]) und es muß dem letzteren Zeit gelassen werden, sich zur Vertheidigung gegen dieselbe vorzubereiten. Daher verabreden nun die Parteien einen Termin, an welchem sie sich wieder in iure einfinden wollen, dieses Versprechen heißt vadimonium[l]) und wird ebenfalls unter dem all-

---

h) Dig. II. 11: si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit. Eine besondere Gestalt hat die cautio iudicio sisti, wenn der Herr wegen eines Vergehens (noxa) seines Sclaven belangt wird, Dig. II. 9: si ex noxali causa agatur quemadmodum caveatur. Die Caution geht auf Stellung des Sclaven, da der Herr sich durch Hingeben desselben befreien kann.

i) Dig. II. 7: ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat. II. 10: de eo per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat.

k) Dig. II. 13: de edendo.

l) (Der Ausdruck bezieht sich nach der Ansicht der Römer auf die Geldsumme, welche der Beklagte dem zur Manus Injectio berechtigten Kläger dafür versprach, daß er ihn gehen [vadere, evadere] ließ: Acron ad Horat. serm. I. 1, 11 vades ideo dicti quod qui eos dedit vadendi id est discedendi habet potestatem, oder dafür, daß er wieder erscheinen werde. Das Bedenken, welches Keller, Civilpr. §. 47 Note 554, von der Quantität [vădes und vādere] entlehnt, haben die Alten nicht beachtet. Plin. hist. nat. III. 4 in eundem conventum Carietes vadunt, wozu das extra suum forum vadimonium promittere §. 152 f. und die Pandectentitel in ius vocati ut eant — si quis in ius vocatus non ierit zu vergleichen sind. — Die richtige Etymologie aber giebt jetzt Alphons Rivier, Untersuchungen über die cautio praedibus praediisque (1863) p. 14. „Praes, prae-vas, ist eine Nebenform, eine Verstärkung von vas — die Wurzel văd in vas, vadari, vadimonium ist mit dem altnordischen ved — dem althochdeutschen wetti — welche Wörter alle Pfand bedeuten, auf einen Ursprung zurückzuführen. Das nordische ved bezeichnet wie das lateinische văd auch das Verpfänden. — Vas wäre sonach der uralte — Name des Bürgen. Der vas, der praes, ist der als Pfand Haftende, der leiblich Verhaftete." — Eine Hauptanwendung kam bei der Comperendinatio [Note d §. 154 Note a] vor: Macrob. sat. I. 16 comperendini [dies] 'quibus vadimonium licet dicere: denn die Behauptung, daß das Erscheinen im Judicium

gemeinen Ausdruck cautio iudicio sisti begriffen; es geht auf eine Summe als poena desertionis, die in einigen Fällen der Höhe des Streitgegenstandes gleichkommt, in den übrigen die Hälfte desselben und nie über 100000 Sesterze beträgt.[m]) Der Beklagte hat in der Regel Bürgen (vades) deshalb zu stellen, in einigen Fällen fällt die Satisdatio weg (vadimonium purum), in einigen tritt an ihre Stelle der Eid, oder die sofortige Verurtheilung in die Strafe durch Recuperatoren, wenn das Vadimonium gebrochen wird.[n]) Unter diesen Umständen war es offenbar viel zweckmäßiger, wenn die Parteien sich jenes erste Erscheinen vor Gericht ersparten, wenn sie statt der In Ius Vocatio gleich von Anfang über einen Tag der wirklichen Verhandlung übereinkamen, und ihn durch Vadimonium festsetzten. Dieß war nun wirklich schon zu Cicero's Zeit der gewöhnliche Weg; die eigentliche In Ius Vocatio wurde nur noch gegen einen hartnäckigen und widerspenstigen Beklagten angewendet.[o])

Alles dieses setzt voraus, daß der Beklagte zu treffen ist, um die in ius vocatio oder das vadimonium mit ihm vorzunehmen, oder daß ein Anderer sich findet, der für ihn die Klage übernehmen will, ein idoneus defensor, der die cautio iudicatum solvi leistet (§. 156). Ist dieß nicht der Fall, so ist er indefensus, und wird wie ein Verurtheilter behandelt, es findet Execution gegen ihn Statt (§. 173. 177), nach altem Civilrecht die manus iniectio; und eben dieß geschieht, wenn die in In Ius Vocatio nicht den Erfolg hatte, ihn vor Gericht zu bringen (Note d), oder das Vadimonium von

---

nur durch Denunciationen, nicht durch Stipulationen gesichert worden wäre [Hollweg, Civilproceß S. 285 Note 28. Wetzell, Vindicationsproceß S. 192 Note 3] beruht auf einer Stelle des Pseudo-Asconius, die — gar nicht existirt. Vgl. jetzt Hartmann, Contumacialverfahren [1851] S. 235 f. R.)

m) (L. 3 §. 4 de eo per quem [2, 10]. Ueber die Hälfte des Streitgegenstandes konnte man nicht gehen, weil die Ueberschreitung dieser Gränze dem Ganzen gleichstehen würde, worauf erst nach dem Judicat cavirt werden soll. Der augusteische Bürgercensus der ersten Klasse durfte nie überschritten werden. R.) Wetzell, Vindicationsproc. S. 77 versteht die Stelle des Gaius dahin, daß der Streitgegenstand nie höher als zu 100000 Sesterzen, also die Strafe (außer dem Judicat und Depensum) höchstens auf 50000 angesetzt werden soll.

n) Gai. IV. 184—187. (Keller, Civilproceß §. 47 Note 566 versteht recuperatoribus suppositis wohl richtiger von einer in factum actio, die für den Fall des Bruches des Vadimonium schon im Voraus gegeben wurde. R.)

o) Hor. serm. 1. 9, 74: casu venit obvius illi adversarius et: quo tu turpissime? magna inclamat voce, et: licet antestari? Ego vero oppono auriculam. Rapit in ius.

ihm gebrochen wird. Der Prätor gab dagegen dem indefensus die missio in bona mit dem Recht des Verkaufs, p) den derselbe nur dadurch abwenden kann, daß er sich vor dem Ablauf der dafür gesetzten Fristen (§. 179) stellt und mit cautio iudicatum solvi den Proceß übernimmt. q) Unter den Fällen dieser Missio giebt es solche, wo der indefensus völlig schuldlos in dieser Lage sich befindet, wie der Vormundsbedürftige, ferner der in öffentlichen Geschäften oder in feindlicher Gefangenschaft Abwesende; dieser Umstand schließt die Missio zur Sicherung des Gläubigers nicht aus; aber der Verkauf wird nicht gestattet, bis der Entschuldigungsgrund wegfällt.

In der dritten Periode wurde neben der In Ius Vocatio und dem Vadimonium eine zweite Art der Einleitung für das ordentliche Verfahren eingeführt. Dieß war die litis denunciatio, deren Einführung Marc Aurel zugeschrieben wird. r) Sie besteht in einer Ankündigung des Rechtsstreits an den zu Belangenden vor Zeugen, worüber eine Urkunde aufgenommen und von den Zeugen unter-

---

p) Das prätorische Edict zählte die verschiedenen Fälle so auf: qui fraudationis causa latitarit — cui heres non exstabit — qui exsilii causa solum verterit — qui absens iudicio defensus non fuerit — qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciat, neque defenditur — die Bedingung war überall: si boni viri arbitratu non defendetur. Cic. pro Quint. 19. L. 2 pr. 7 §. 1 D. quib. ex caus. in possess. eatur (42, 4.) Noch ein Fall ist die Unterwerfung des Beklagten unter eine fremde Gewalt, wenn der Gewalthaber ihn wegen der vorher contrahirten Schulden nicht defendiren will, Gai. III. 84. IV. 80. Endlich ein Unmündiger oder Wahnsinniger, der keinen Vormund hat, L. 5 D. quib. ex caus. in poss. (Bei einfacher absentia läugnen Manche das Verkaufsrecht z. B. Hartmann, a. a. O. §. 2—12. Vgl. dagegen Karlowa, Beitr. zur Gesch. des röm. Civilproc. (1865) S. 115. R.) q) Gai. IV. 102. Vgl. oben §. 157.

r) S. Aurel. Victor de Caesar. 16, 9: legum ambigua mire distincta vadimoniorumque solemni remoto, denuntiandae litis opperiendaeque ad diem commode ius introductum. Die Hauptquelle über dieses Institut sind die Titel des Cod. theod. II. 4: de denuntiatione vel editione rescripti, II. 6: de temporum cursu et reparationibus denuntiationum, worin es freilich theilweise verändert durch die Gesetze Constantin's und seiner Nachfolger erscheint. — Es liegt darin eine erste Hinneigung, die Magistrate wie Iudices zu behandeln, denn denuntiatio ist eigentlich die Entbietung des Gegners vor den Iudex. (Hartmann, Contumazialverfahren S. 148. 149 Note 21 macht die einleuchtende Bemerkung, daß die Stelle des Victor nicht von der Einführung, sondern von der Erleichterung der Denunciation handelt, wonach der Nachdruck auf commode liegen würde. Diese Erleichterung bestand in der Vermehrung der Gerichtstage §. 158 q, durch welche die Vadimonien auf wenige genau inne zu haltende Gerichtstage vermieden wurden. Daß die Sitte der Denunciationen selbst älter war, wird unten §. 184 c nachgewiesen werden. R.)

schrieben wird. Dabei wird die Klage namhaft gemacht, die Handlung vertritt also zugleich die Stelle der editio actionis. An dem letzten Tag einer gesetzlich bestimmten von dem Tag der Denunciation gerechneten Frist haben die Parteien vor Gericht zu erscheinen. Gegen die Versäumung dieses Termins kann eine reparatio vom Kaiser ex iusta causa erlangt werden.[s])

---

s) (Asverus, die Denunciatio der Römer [1843] S. 129—149 läßt diese Denunciatio aus der Condictio hervorgehen, die ihrerseits wieder an die Stelle der In Jus Vocatio getreten sein soll. Aber die In Jus Vocatio war nicht aufgehoben [Note o]: während die Condictio selbst bei Schuldklagen auf ein Certum abgekommen war: Gai. IV. 18 nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. Und diese sogar in ihrer ursprünglichen Sphäre unbequem gewordene und veraltete Form hätte Marc Aurel ihrer Bequemlichkeit wegen plötzlich allgemein gemacht? Das ist nicht wahrscheinlicher, als das Hauptthema des Buchs: zu jeder Denunciatio hätten drei Zeugen gehört [um die alten Stammtribus vorzustellen] — für welches der kirchliche Grundsatz bei Isidor. 18, 15 [vgl. 5, 24 unter condictiones] den wichtigsten Beweis liefern muß. — Wieding, seinem Princip (oben §. 149 b) entsprechend, combinirt 1) die Denunciationsfälle des ältern, Marc Aurelischen und Justinianischen Rechts zu einem einheitlichen Ladungsverfahren entweder iure actoris oder ex auctoritate mit Antibiblos und Cautionen, in Contumazialfällen mit dreimaliger edictaler Wiederholung; 2) läugnet er die Einleitungsfrist und behauptet vielmehr eine 4monatliche Proceßverjährungsfrist, mit deren Ablauf der Rechtsstreit nicht beginne, sondern zu Ende gehe. (S. 455—474.) Dagegen ist zu bemerken: 1) Das Edict erwähnt die Denunciation nur in Bausachen L. 4 §. 5 D. de damno inf. (39, 2) ‚dum prius domum denuntiari iubeam‘, daraus folgt aber nichts für die Proceßeinleitung, welche vielmehr auch nach dem Edict noch durch in ius vocatio und vadimonium geschieht: Rudorff ed. perpetuum §. 3. 14: 199 n. 1. 2) Die Nothfristen in der potioris nominatio Fragm. Vat. §. 161—167 gehörten ebenfalls nicht der ersten Instanz im Civilproceß, sondern einem nicht devolutiven Rechtsmittel gegen die Vormundschaftsbestellung des Mareischen Tutelarprätors, also einer Administrativsache an. 3) Die Beziehung der Denunciation auf die Proceßverjährung ist in den Quellen des vierten und fünften Jahrhunderts, namentlich in L. 4 C. Th. de denunt. (2, 4) Nov. Val. III. 34. (a. 452) §. 14—45 und den sogenannten leges Constantini, Theodosii et Leonis cf. Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae Berol. 1868 p. 116 f. so entschieden ausgeschlossen, daß Wieding's Bemängelungsversuch der letztern in Pözl's und Windscheid's Kr. V. J. Schrift. XII. (1870) No. XI, 10 dagegen nicht ins Gewicht fällt. Vgl. Bethmann-Hollweg III. S. 235 Note 6. S. S. 241 Note 41. — Die Einsicht in die Denunciation scheint besonders dadurch getrübt zu sein, daß man sich den Grundgedanken des Instituts nicht klar gemacht hat. Die Denunciation ist keine Einleitung des Processes, sondern vielmehr ein Abwendungsversuch. Es ist allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts, daß der Eröffnung des friedlichen Streits eine Rüst- und Bedenkzeit vorausgehen muß. Galt dieser Satz selbst im Fecialrecht unter unabhängigen Gemeinden (Liv. 1, 32) und im Provinzialrecht (Terent. Phormio, 1, 2. 77 und dazu Donatus ‚*et scribam tibi dicam*‘ a denunciatione in personam, ne diceret non mihi denuntiasti,

B. Verhandlungen in Iure.

a. Legis Actiones. [a]

CLXI. Wenn beide Parteien vor dem Magistrat erschienen sind, und ihre Sache vorgetragen haben, um ihn mit ihrem Vorhaben, Anspruch und Vertheidigung, bekannt zu machen, so fordert der ordo iudiciorum privatorum, daß Anspruch und Vertheidigung in eine solenne Form gebracht werden, und so ihre processualische Gestalt erhalten. Nach ältestem Recht geschah dieß durch das Aussprechen solenner Worte, theils von den Parteien, theils von dem Magistrat, verbunden mit andern Handlungen. Diese in iure vorgenommene Solennität heißt legis actio, und ihre Bestandtheile sind von doppelter Art; zum Theil beziehen sie sich auf das Verfahren selbst, dem sie eine besondere Form geben, zum Theil auf den Gegenstand des Processes, das bestrittene Recht, das sie bezeichnen, und als die Grundlage des Rechtsstreits feststellen. In beiderlei Hinsicht gründen sich die Actiones unmittelbar auf Leges und führen darum jenen Namen, das Verfahren, welches durch sie begonnen wird, ist durch Gesetze angeordnet, und eben so haben die Rechte, die mit ihnen geltend gemacht werden, Leges zur Quelle, und sind mit Gesetzesworten auszudrücken, ipsarum legum verbis accommodatae erant (Bd. 1 §. 78).

Legis actio ist überhaupt eine feierliche, durch eine Lex vorgeschriebene (Bd. 1 §. 74 g. R.), mit mündlicher Rede verbundene

---

und ebenda 11, 2. 15. 17. 18. Sorv. ad Aen. 6, 431), so erscheint er um so mehr als eine Forderung der Humanität unter Mitbürgern desselben Gemeinwesens. Im Fall der Contumacia des Denunciaten tritt der Grundsatz hinzu, daß Niemand ungehört verurtheilt werden darf (L. 1. §. 1 D. de fer. (2, 12) Paul. sent. 5, 5a §. 6. 9. cf. Tac. ann. 11, 77, 3. Sueton. Galba 14.) Diesen Grundsatz befolgt noch das prätorische Edict, welches hier nur eine Besitzeinweisung als provisorisches Rechtsmittel gewährt, (Rudorff ed. perp. §. 199 f.) während das spätere Recht eine definitive Entscheidung wenigstens dann gestattet, wenn der ordo edictorum und die trina conventio (L. 68—73. D. de iud. (5, 1) Paul. sent. 5, 5a §. 7. 8 L. 8. 9 C. quomodo et quando 7. 43) der Annahme Raum giebt, daß der Beklagte nicht weil er die Ladung überhört habe, sondern aus Verachtung der richterlichen Autorität contumacia L. 53. §. 1 D. de re iud. 42, 1) ausgeblieben sei. Andererseits soll nun aber auch der Kläger mit seiner Drohung Ernst machen, versäumt also er den Schlußtermin (dies fatalis), so wird er sachfällig und der Beklagte ist keiner weiteren Vexation ausgesetzt. R.)

a) Gai. IV. 11—31. (Bethmann-Hollweg, der röm. Civilproceß. 1. Legis Actiones. Bonn 1864. R.).

Handlung.[b]) Zu dem Begriff gehört aber auch noch das Erforderniß der Gegenwart einer andern Partei und des Magistrats. Davon macht eine Ausnahme die pignoris capio, wie sie denn auch an einem nefastus dies vorgenommen werden konnte, aber eben darum wurde sie zu den Legis Actiones nur in einem laxeren Sinn des Worts gerechnet. In jenem Sinn ist jede feierliche Vindication, auch die außer einem Rechtsstreit zum Behuf einer Eigenthumsübertragung oder Bestellung eines Ius in re (in iure cessio), einer Manumission vorgenommene, eine Legis Actio. Als solche aber, wodurch ein Proceß eine eigenthümliche Form erhält, und wobei daher gerade jener erste auf das Verfahren sich beziehende Bestandtheil hervorgehoben wird, zählt Gaius vier auf: legis actio sacramento, per iudicis (arbitrive) postulationem, per condictionem, per manus iniectionem, denen er als fünfte noch pignoris capio hinzufügt.

Die erste von diesen Actionen, und die actio generalis, die überall anwendbar war, wo nicht ein Gesetz eine andere besonders angeordnet hatte, war die legis actio sacramento.[c]) Das formgebende Moment dieser Actio, von dem sie daher auch den Namen hat, besteht in einem Succumbenzgeld, das die unterliegende Partei

b) (Diese Handlung wird wesentlich vollzogen zur Handhabung des Rechts: um es zu übertragen oder zu verfolgen (L. 4 de adopt. (1, 7) Gai. 2, 24], sie entspricht also der später sogenannten iurisdictio voluntaria und contentiosa, L. 2. 3 de off. proc. [1, 16] L. 41 de leg. [1, 3] Vgl. Leist, Gesch. der röm. Rechtssyst. [1850] S. 81. R.)

c) (Gai. 4, 13 de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur, daher werden bei jeder der übrigen Actiones die Leges angegeben und §. 21 gesagt: per manus iniectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est. Diesen Zusammenhang übersehen diejenigen, welche in §. 21 noch immer aquilia statt aliqua gelesen wissen wollen, z. B. Haenel, lex Visig. p. XCV not. R.) — In der Schrift: Ueber die legis actiones und das Centumviralgericht der Römer. Von einem Praktiker (Dr. Krug), Zwickau 1839 (zweite verbesserte Auflage 1855), wird darzuthun versucht, die iudicis postulatio sei die älteste und Grundform des römischen Processes gewesen. Die Gründe dafür sind sehr allgemein gehalten und bestehen mehr in subjectiven Anschauungen von der Geschichte des ältesten Rechts, als in wirklichen Spuren alter Zustände. Gaius deutet, indem er die Sacramentsklage generalis nennt, an, daß die andern dieß nicht gewesen seien, also auch nicht die iudicis postulatio. Schon dieß spricht gegen jene Annahme. Ueberdieß steht sie dem Verfahren der Lex Aebutia weit näher, als das Sacramentum, auch dadurch wird es höchst unwahrscheinlich, daß dieses zwischen ihr und jenem Verfahren gestanden habe.

an das Aerarium verliert. Diese Strafsumme ist von den Zwölf Tafeln auf 500 Asses bestimmt, wenn der Werth des Streitobjects 1000 oder darüber beträgt, bei geringeren Sachen auf 50 Asses, und diese letztere Summe gilt auch von dem Rechtsstreit über die Freiheit eines Menschen, von welchem Werth dieser auch als Sclave sein würde.[d]) Der Proceß erhielt dadurch die Form eines Streits um die Strafe, und darauf lautete auch das Urtheil des Gerichts.[e]) Die Summe wurde früherhin von beiden Parteien an einem heiligen Ort, in sacro, deponirt, der Sieger nahm die seinige zurück, die des Ueberwundenen wurde in das Aerarium abgeliefert, darum hieß dieses Strafgeld sacramentum, das Verfahren sacramento contendere.[f]) Später wurde die sofortige Hinterlegung nicht mehr gefordert, sondern der Prätor ließ sich Bürgen (praedes) für die Zahlung im Fall des Unterliegens geben.[g])

---

d) Theils läßt sich hier von einem Werth des Streitgegenstandes als solchen nicht sprechen, theils war zu befürchten, daß die Gefahr eines bedeutenden Verlustes Viele abschrecken würde, als Assertores für die Freiheit eines Andern aufzutreten.

e) Cic. pro Caec. 33: — decemviri — sacramentum nostrum iustum iudicaverunt. (Arnobius adv. gentes IV. p. 361 [Hildebrand]: quis quaesitor, quis arbiter cervicibus tantis erit, qui inter personas huiusmodi aut vindicias iustas dare aut sacramenta conetur pronuntiare non iusta? R.)

f) Varro de L. L. V. 180 (Müller): Ea pecunia quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium, qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat. Festus: Sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur, sive eo quis interrogatur sive contenditur. —

g) Wahrscheinlich ist diese Aenderung eingeführt durch das Gesetz des Volkstribunen Papirius, von welchem Festus a. a. O. sagt, daß es die Beitreibung der Sacramenta durch tresviri capitales angeordnet habe. Von hier an erklärte man, wie Festus, den Namen sacramentum, da das Geld nicht mehr in sacro deponirt wurde, durch seine Verwendung für die Sacra. In den Worten der Lex Papiria bei Festus: sacramenta exigunto iudicantoque, bezieht sich das iudicare nicht auf die Verurtheilung des Schuldigen (sonst könnte es nicht nach exigunto stehen), sondern auf die Zuweisung an den Fonds, aus dem die Kosten dieser oder jener Sacra bestritten werden. (Vgl. Danz über sacramentum und lex papiria Zeitschr. für Rechtsgeschichte VI (1867) S. 339—393, welcher seiner Ansicht vom sacramentum (Note i* entsprechend auf die Zuweisung an das Aerar wegen des Münzfußes (Cic. de off. 3, 20 Mommsen, Münzwesen 389) und der allgemeinen Strafe statt der Expiation bestimmter Götter (Liv. 29, 19 Cic. de harusp. resp. 10, 21) hinweist und dafür Gramm inc. gloss. ad

Man hat behauptet, der legis actio sacramento habe ursprünglich ein wirklicher Zweikampf vor Gericht zu Grunde gelegen, der nachher in ein nur scheinbares Handgemeinwerden übergegangen sei.[h]) Diese den römischen Sitten höchst fremdartige Vorstellung ist aus der Form der Vindication (s. unten), also aus einer mit dem sacramento contendere möglicherweise verbundenen, aber damit ganz und gar nicht identischen Proceßhandlung hervorgegangen. Wäre nun auch diese Vindication aus einem gerichtlichen Zweikampf entstanden, was meines Erachtens entschieden zu verwerfen ist, so würde doch darum nicht die legis actio sacramento selbst darauf zu gründen sein. Man hat jene Vorstellung auf die ganze Legis Actio durch die Herbeiziehung des alten Soldateneids übertragen wollen; wie durch dieses Sacramentum das Haupt des Streiters im Feld, so sei dort das des Streiters auf der Gerichtsstätte den Göttern geheiligt worden.[i]) Dieß scheint mir eine traumartig mengende Phantasie. Für den sicheren Grund, von dem wir uns nicht entfernen dürfen, halte ich, daß die Römer mit dem Namen sacramentum bei der Legis Actio das Geld selbst bezeichneten (Note f). Sacramentum heißt überhaupt das äußere Zeichen und die Anerkennung eines in Beziehung auf das Heilige gestellten Verhältnisses, so des Soldatengehorsams, sacramentum militare, ferner des Proceßverhältnisses, des anhängig gemachten Rechtsstreits, dieses Zeichen war die in sacro deponirte Geldsumme, womit sich dann überdieß der Verfall für den unterliegenden Theil verband. An eine andere Vergleichung mit dem Soldateneid ist nicht zu denken, wohl aber hinsichtlich der zuletzt erwähnten accessorischen Eigenschaft, die bald als die Hauptsache erschien, an die spätere sponsio et restipulatio (wie auch Gaius

---

Aen. 12, 234 aus Barth advers. 33, 13 Huschke iurispr. ant. ed. 2, p. 44, 8 ,Flaccus scribit Numam Pompilium — voto impetrasse ut omnes dii falsum sacramentum vindicarent' als Beweis anführt. — (Bei Schiedsmännern kam die Deposition eines Pignus noch später vor. L. 11 §. 2 D. de recept. [4, 8] L. 5 §. 2 L. 33 D. depositi [16, 3] Isidor. 10, 5. p. 1087 [Gothofr.] sequester est, qui certantibus medius intervenit, apud quem pignora deponi solent. Vergl. Zeitschr. für gesch. RW. XIII S. 195—200. R.)

h) G. Asverus über die legis actio sacramenti 1837. Dem wesentlichen Resultat stimmt bei Huschke in s. Recension dieser Schrift, Krit. Jahrbb. für Rechtswiss. 1839 S. 665—686.

i) Huschke a. a. O. S. 676.

thut), die sponsionis summa ist in der That nur das verweltlichte Sacramentum.[i*])

Das sacramento contendere bestand in der Provocation zur Deposition, später zur Zusage der Strafsumme: D aeris sacramento te provoco — similiter ego te.[k]) Die Bedingung der Strafe war die Existenz oder Nichtexistenz des vom Kläger geltend gemachten Rechts, dieses wurde daher zugleich, und zwar mit den Worten des Gesetzes, auf das es sich gründete, ausgesprochen. Nachher wenn die Parteien vor das Judicium kamen, legten sie vor der eigentlichen judiciellen Verhandlung ihre Ansprüche dem Gericht in einem kurz zusammengefaßten Satze dar. Dieß hieß causae coniectio

---

i*) (Eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen giebt Danz über das sacramentum und die lex papiria Zeitschr. für Rechtsgeschichte VI (1867) S. 339 f. Seine eigene Ansicht geht dahin, daß das sacramentum ein assertorischer Eid beider Theile über ihre entgegengesetzten Rechtsansprüche war, weshalb der unterliegende Theil wegen seines falschen Eides eine Buße für sein falsum sacramentum zahlen mußte. Dieser Rechtsgedanke mag in der griechischen Automosie und der germanischen Gewähr der Klage vertreten sein; daß er dem römischen sacramentum fremd ist, beweist schon der Zusatz quinquagenario in der Formel, welcher zu keiner Eidesprovocation passen will, man mag nun unter dem Eide einen Gefährdeeid oder einen Schiedeseid verstehen. Soll einmal die Idee eines Pfandes, welches um einer Wette willen gesetzt wird, aufgegeben und mittels Herbeiziehung fremdrechtlicher Analogieen der Strafcharakter vertheidigt werden, so dürfte die Annahme einer Buße für den Bruch des Rechtsfriedens durch den feindlichen Rechtsstreit (§. 152c) näher liegen als die Strafe des Meineides. Niedersächsische Weisthümer im vierten Bande der Grimmschen Sammlung unterscheiden einen großen und kleinen „Sulfwalt", welcher je nach dem Umfang und Gefährlichkeit der verbotenen Selbsthülfe verwirkt wird und daher dem römischen größern und kleineren sacramentum sehr ähnlich sieht. R.)

k) Valerius hat die Siglen: Q. N. T. S. Q. P. mit der Auflösung: quando negas te sacramento quinquagenario provoco. Ferner: Q. A. N. Q. N. quando ais neque nego, was sich auf die gegentheilige Provocation des Beklagten zu beziehen scheint, und wo statt nego wahrscheinlich zu lesen sein wird negas. (Diese Noten gehören aber zur Negatoria und Confessoria, denn bei der Rei Vindicatio lautet die Formel quando tu iniuria vindicavisti — Gai. 4, 16. Vgl. §. 173 d. R.) Endlich bezieht sich auf die Formel S. N. S. Q. si negat sacramento quaerito auf die Legis Actio. (Vielleicht enthalten jene Zeichen einen Satz der lex silia, welche bei certa credita pecunia ein inquisitorisches Verfahren [sacramento quaerere = sacramento interrogare bei Festus Note f] wie im Strafproceß [Brisson. de form. V. 193. 201] vorgeschrieben zu haben scheint [§. 162f], wobei den unterliegenden Theil neben der sponsio an den Gegner noch ein sacramentum an das Aerar als poena iurare nolentis getroffen haben könnte. Noch die lex rubria c. 21. 22 scheint in den Worten aut de ea re in iure nihil responderit auf eine solche quaestio oder interrogatio hinzudeuten. R.)

und war deswegen nothwendig, weil der Ausdruck der Streitsache in der Legis Actio selbst nur ein allgemeiner war, durch den der Richter noch nicht hinlänglich mit den unter den Parteien streitigen Punkten bekannt wurde. Das Gericht aber, an welches die Sache kam, wenn sacramento geklagt wurde, war ursprünglich das der Decemvirn, die Lex Pinaria gestattete, auf die Bestellung eines einzelnen Richters anzutragen (154).

In gewissen Fällen, z. B. bei dem Rechtsstreit über das Eigenthum an einer Sache, enthielt die Verhandlung in iure noch einen besonderen Act, welcher vindicatio heißt, oder in iure manum conserere. Der erste Name ist von den Worten hergenommen, der zweite von der sonstigen körperlichen Thätigkeit, die damit verbunden war.[l]) Dieser Act bestand in folgenden Handlungen: der Kläger legte Hand an die Sache, indem er einen Stab (festuca oder vindicta) hielt, und sprach: hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam imposui,[m]) die Festuca auf die Sache legend. Desgleichen that und sprach der Beklagte (contravindicabat).[n*]) Darauf

---

l) Vindicere = vim dicere, O. Müller, etymol. Erört. von Rechtsausdrücken, Rhein. Mus. für Jurispr. V. 8, 1. Festus: Vindiciae appellantur res eae de quibus contraversia, quod potius dicitur *vis quam* (Huschke) fit inter eos qui contendunt. Gellius (XX. 10) sagt zur Erklärung der Verse des Ennius: — miscent inter sese inimicitias agitantes, non ex iure manum consertum, sed mage ferro rem repetunt, regnumque petunt, vadunt solida vi — folgendes: non ut ad praetorem solitum est, agi legitimis actionibus, neque ex iure manum consertum, sed bello ferroque et vera vi atque solida, quod videtur dixisse conferens vim illam civilem et festuçariam, quae verbo diceretur, non quae manu fieret, cum vi bellica et cruenta. (Huschke, über die Stelle des Varro von den Liciniern 2c. S. 100, will bei Ennius nach inimicitias interpungiren, und agitantes zum Folgenden ziehen, da sonst die Stelle sich gar nicht construiren lasse. Aber gerade so wie nach Huschke nicht construirt werden könnte, hat Cicero construirt, pro Mur. 14.)

m) Die Worte secundum suam causam wurden wohl nur bei der Vindication eines Menschen gebraucht, weil dessen Vindication in verschiedenem Sinn vorkommen konnte: als eines Sclaven, als eines Freien (in libertatem vindicatio), als eines filius in potestate, L. 1 §. 2 D. de R. V. (6, 1): — adiecta causa. — (Valerius Probus S. S. C. S. D. E. T. V. = secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam. R.)

*n**) (Eck, doppelseitige Klagen (1870) S. 9 Note 31 bemerkt, daß der Grundgedanke der Contravindication d. h. der reconventio necessaria bezüglich derselben Sache (im Gegensatz des Formularprocesses und der Eidesdelation L. 11 pr. D. de iureiur. 12, 2) sich auch im altdeutschen Processe (Laband, die ver-

sprach der Prätor: mittite ambo hominem, den sich erhebenden Streit auf den rechtlichen Weg leitend. Es ist die symbolische Darstellung der Idee, daß die Gewalt dem Recht weichen, daß der begonnene factische in einen rechtlichen Streit verwandelt werden soll.[n]) Die Vindication forderte die Gegenwart der Sache, oder, wenn die Herbeischaffung derselben nicht thunlich war, eines Stücks davon. Bei der Vindication von Grundstücken gieng nach ältestem Recht der Prätor mit den Parteien zu dem Grundstück, um dort die Handlung vornehmen zu lassen,[o]) später wurde dieß bei der Erweiterung des Gebiets unthunlich, man substituirte dem Grundstück eine Scholle, welche die Parteien von demselben mitbrachten. Wenn sie vor dem Prätor erschienen, sprach der Kläger: fundum qui est in agro qui sabinus vocatur, ego ex iure quiritium[p]) meum esse aio, inde ibi ego te ex iure manum consertum voco. Der Gegner sprach: unde tu me ex iure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco. Hierauf der Prätor: suis utrisque superstitibus praesentibus vindicias sumite, inite viam. Da nun die Scholle schon vor Gericht mitgebracht war, so fügte der Prätor sofort, nachdem jenes gesprochen war, hinzu, redite viam, worauf dann die Vindication über die Scholle vorgenommen wurde.[q]) Von diesem vindicias sumere[r]) verschieden und getrennt war eine der ganzen

mögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen S. 156, gegen Sohm Proceß der lex Salica S. 98) und im altenglischen Eigenthumsprocesse wieder finde, wo die Frage an die Geschworenen lautete: utrum A vel B maius ius habeat in terra illa: Gneist, Selfgovernment S. 80 bei Ihering, Jahrb. für Dogm. IX S. 59. Der Gegner, welcher einräumt, selber kein Eigenthum zu haben, erschien als ein unbetheiligter Dritter, zum Widerspruch genügte daher nicht die Verneinung, sondern nur die eigene Klage. R.)

n) Jedes Symbol ist ein äußeres Zeichen für ein Geistiges; nach der oben erwähnten Meinung von einem gerichtlichen Zweikampf, von dem diese vis festucaria übrig geblieben sei, würde umgekehrt das rein Körperliche durch ein relativ Geistigeres dargestellt werden. Dann dürfte man nur nicht dabei von einer symbolischen Handlung sprechen. Mir scheint übrigens jene Meinung ohngefähr so wahrscheinlich, als wenn jemand den Ritus der Confarreation bei der Eheschließung, statt ihn als ein wirkliches Symbol aufzufassen, als Ueberbleibsel eines Hochzeitschmauses erklären wollte.

o) Gell. XX. 10.

p) P. Diac. E. IR. Q. exiri requietum (lies ex iure quiritium).

q) Cic. pro Mur. 12. Festus v. superstites. Valerius Probus: E. I. M. C. V. ex iure manum consertum vocare.

r) Cincius bei Festus (v. vindiciae): vindiciae olim dicebantur illae quae ex fundo sumptae ius adlatae erant.

Legis Actio vorausgehende außergerichtliche Handlung, welche deductio hieß (deductio quae moribus fit). Eine Partei setzte die andere durch eine scheinbare Dejection aus dem Besitz, wurde dadurch als Beklagter constituirt, und leistete das Vadimonium.[s]) — Nach der Vindication, und dem Gebot des Prätors, welches derselben ein Ende machte, folgte das sacramento contendere. Dieses wurde durch die Frage des Klägers eingeleitet: postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris, mit der Antwort: ius peregi sicut vindictam imposui. Hierauf folgte von der einen Seite: quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco, von der andern: similiter ego te, mit der Bestellung des Prädes an den Prätor. Zuletzt hatte der Prätor noch über die vindiciae, d. h. über die vindicirte Sache und den Besitz derselben während des

s) Cic. pro Caec. 7 pro Tull. §. 20. Wegen der verschiedenen Ansichten von dieser Handlung vgl. Keller, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI. 9 (1842), welcher die (auch in der ersten Ausgabe aufgenommene) die Deductio mit dem vindicias sumere verbindende Meinung widerlegt hat. Die weitere Behauptung Keller's, daß die Deductio erst für den Formularproceß aufgekommen sei, halte ich nicht für richtig; seine Gründe scheinen mir nur ein anfängliches Herübernehmen jener altherkömmlichen (namentlich auch für die Identität der Sache wichtigen) Handlung auf die Vindication per sponsionem und vielleicht auch per formulam petitoriam darzuthun, nicht aber eine neue Erfindung für diese modernen Formen, mit denen jene deductio keine innere Verwandtschaft hat. (Die deductio setzt eine vis ex conventu voraus, also unstreitigen Besitz, wie die manus consertae streitigen. Diese Convention ist ganz allgemeiner Natur (L. 1 §. 3 D. uti poss. (43, 17) Rhet. ad Herenn. 2, 13 §. 20), es ist daher kein Grund abzusehen, sie aus der Legis Actio auszuweisen und auf die Sponsionsklage zu beschränken, wie es die jetzt herrschende Ansicht thut: vgl. Keller, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI (1842) S. 287 f. Huschke, Gaius (1855) S. 188 f. Bethmann-Hollweg 2, (1865) S. 89, Karlowa, Beitr. 1865 (dieser jedoch wegen Cic. p. Caecin. 1, 2 mit Beziehung auf den Besitzstreit, statt der Vindication), Krüger, krit. Versuche (1870) S. 67 f. Dafür spricht, daß bei der Vindication eines Fundus, als des wichtigsten Streitobjects nächst einem ganzen Vermögen, nach Gellius noct. Att. 20, 10 §. 1 noch in der frühern Kaiserzeit die Legis Actio üblich war. Savigny's Ansicht über die deductio dürfte daher im Wesentlichen aufrecht zu halten und nur darin zu modificiren sein, daß die vis ex conventu nicht auf das specielle Holen der Scholle eingeschränkt werden darf. Das Vadimonium darf hieran nicht irre machen, es enthielt nur die Feststellung des Termins. Krüger S. 77. Vgl. Rudorff, Jahrbb. für wiss. Kritik 1843 S. 602–604. Savigny, Verm. Schriften (1850) 1. S. 313. Witte, int. uti poss. (1863) S. 31 f. Für das Alterthum der deductio spricht auch die attische ἐξαγωγὴ vor der δίκη ἐξούλης: Meier und Schömann, der att. Proceß S. 372, Franz Hofmann, Beitr. zur Gesch. des griech. und röm. Rechts (1870) S. 126. R.)

Processes zu entscheiden: secundum alterum eorum vindicias dicebat, er bestimmte, wer Besitzer bis zur Entscheidung sein solle, und gebot diesem dem Andern praedes litis et vindiciarum zu geben, Bürgen wegen der Restitution der Sache (lis) und der mit dem Besitz zusammenhängenden Nutzungen (vindiciae), wenn er unterliegen würde (vgl. §. 232). Das vindicias dicere hat die Bedeutung, über den factischen Zustand bis zum ausgemachten Recht zu verfügen. Die Erledigung der zweiten Besitzfrage dagegen, die Bestimmung der partes petitoris und possessoris, d. h. die Feststellung, wen zunächst die Beweislast treffen soll (§. 174), war schon durch die vorausgegangenen Handlungen erfolgt. Die Bestimmung der Vindiciä hieng von dem Ermessen des Prätors ab, der späterhin den gegenwärtigen Besitz, wenn er ohne Vitium gegenüber dem Gegner war, entscheiden ließ (§. 225); wo ein öffentliches Interesse die provisorische Aufrechthaltung eines Zustandes forderte, verfuhr er dem gemäß;[t]) in einem Fall, bei dem Streit über die Freiheit eines Menschen, hatten die Zwölf Tafeln vorgeschrieben, daß die vindiciae secundum libertatem gegeben werden sollten.[u]) Dieß bedeutet aber auch hier nur den factischen Zustand während des Processes, keineswegs betrifft es die Rolle der Parteien und die Beweislast, diese entschied sich damals, wie später, nach dem Umstand, ob der Mensch, über dessen Freiheit gestritten wurde, bisher als Freier oder als Sclave gelebt hatte (§. 212 Note bb).[v])

---

t) Praetores secundum populum vindicias dicunt, Cato bei Festus v. vindiciae.

u) Pomp. L. 2 §. 24 D. de O. I. (1, 2.) Liv. III. 44, 47. Dionys. XI. 30. (Valerius Probus Note m. R.

v) (Gegen die herrschende Lehre, daß durch die Vindicien oder gar schon durch die vorausgegangenen Handlungen, wie der Verf. annimmt, die Parteirolle und Beweispflicht bestimmt worden sei, ist neuerdings Karlowa, Beiträge (1865) S. 53 f. aufgetreten, dem Ihering, Geist III §. 52 und „Ueber den Grund des Besitzschutzes" 2. Aufl. (1868) S. 72 und mit consequenterer Durchführung Eck, doppelseitige Klagen (1870) S. 10 f. und Krüger, krit. Versuche (1870) S. 74 f. beistimmen. Danach wäre die Beweislast durch die Vindicien gar nicht berührt, die Beweispflicht dauerte vielmehr auch nach der Regulirung des interimistischen Besitzstandes unverändert fort und der Richterspruch lautete auf die Rechtmäßigkeit der Sacramente Note e, also auf die Eigenthumsfrage an sich mit executorischer Wirkung für den Sieger. Dem Unterlegenen war eine zweite Vindication versagt, für den Sieger war sie unnöthig. Diese Auffassung hat für sich, daß die Nothwendigkeit der Contravindication statt des einfachen Bestreitens unbegreiflich bleibt, wenn die Beweislast schon durch die Klage bestimmt wäre

CLXII. Die übrigen Legis Actiones sind für besondere Gattungen von Rechtssachen bestimmt, so daß sie nicht überall nach Belieben angewendet werden können.

Die erste derselben, die wohl nicht viel jünger ist als die legis actio sacramento, ist die legis actio per iudicis postulationem, wie Gaius sie nennt, deren voller Name aber ohne Zweifel den Zusatz arbitrive zu iudicis hat. Die Eigenthümlichkeit derselben besteht in der Bildung des Gerichts, das für die Entscheidung bestellt wird, darum ist ihrer schon oben, mit Anführung der Fälle, für welche sie stattfand (§. 154), gedacht worden, und diese wesentliche Bedeutung drückt die bei ihr gebrauchte Formel: iudicem arbitrumve postulo uti des aus, die jede Partei sprach, indem sie den von ihr geforderten Richter zugleich benannte, während der Prätor selbst noch einen dritten hinzufügte. [a])

Dieselbe Beziehung auf die Bildung des Gerichts hatte die legis actio per condictionem. Condictio heißt die Besprechung eines Tags mit dem Gegner, [b]) sie gieng darauf, daß er am 30. Tag

---

oder wenn das iudicium nach Ertheilung der Vindicien aus einen duplex auf ein simplex reducirt würde. Eben so wenig hätte dann über beide Sacramente erkannt werden können. R.)

a) Valerius Probus giebt die Notä: P. oder T. I. A. V. P. V. D. mit der Auflösung: Praetorem oder Tento oder Tempore iudicem arbitrumve postulo uti des: offenbar unrichtig, T bedeutet den Namen des Richters, also vielleicht Titium. (Keller, Civilpr. §. 17 S. 70 Note 241 erinnert nicht mit Unrecht, daß das Begehren einer bestimmten Person im Eingang der Legis Actio nicht wahrscheinlich sei und schlägt [nach einer Demonstratio: Quod N° N° pecunias exigendas mandavi u. d. gl.] te, praetor, iudicem arbitrumve postulo uti des vor. Ihm folgt Huschke I. pr. ant. ed. 2 p. 72. Dafür würde aber abs te stehen müssen. Terent. Andr. 1, 2. 18. Postulare aliquem bezeichnet eine peinliche Anklage. Mir scheint das altväterisch unmaßgebliche tempori hier gerade das rechte Wort. R.) — Das Blatt, auf welchem in der Handschrift des Gaius die Darstellung dieser Legis Actio stand, ist verloren. (Materiell fällt bei dem arbitrium die Gefahr hinweg, Alles zu verlieren, welche in dem gewagten Charakter der Wette ihren Grund hat und daher bei dem sacramento und sponsione certare, wie noch später in der recta intentio (§. 165) eintritt. Cic. pro Rosc. com. c. 4. R.)

b) Gell. X. 24: sacerdotes quoque populi romani quum condicunt in diem tertium, diem perendini dicunt. Paulus ex Festo: condictio in diem certum eius rei quae agitur denunciatio. (Die Nothwendigkeit gerichtlicher Denunciation, Dernburg, krit. Zeitschr. I S. 469, ist nicht erweislich. Vgl. Ihering, Geist des röm. R. I S. 147. R.) — Natürlich wurde damit der Ausdruck des von dem Kläger verfolgten Rechts verbunden; bei Valerius Probus kommt die Formel vor: A. T. M. D. O. aio te mihi dare oportere,

ad iudicem capiendum sich einfinde. Sie ist eingeführt durch die Lex Silia für die Klage auf eine bestimmte Geldsumme, für die Klage auf das Geben irgend eines andern bestimmten Gegenstands durch die Lex Calpurnia.[c] Schon zur Zeit des Gaius war es zweifelhaft, auf welchem Grund ihre Einführung beruhe, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per iudicis postulationem agere. Es läßt sich eine doppelte Veranlassung denken. Die eine ist, daß man diese einfachste aller Sachen, wobei der Richter streng an den wörtlichen Inhalt des Geschäfts gebunden, sein Officium also eng begränzt war, ausschließend an einen Einzelrichter weisen wollte, auf daß das Collegium der Decemvirn nicht mehr damit behelligt würde.[d] Die andere wäre die Aufhebung des Creditirens durch Nexum, und die Entstehung der neueren Contractsformen und Stipulation, durch Einschreiben in die Hausbücher, und beim Darlehen durch einfaches Hingeben des Geldes,[e] die, wenn auch im ius gentium längst anerkannt, in den Zwölf Tafeln noch nicht garantirt waren, wegen deren also nicht lege hätte geklagt werden können. Wahrscheinlich haben beide Veranlassungen zusammen gewirkt.[f]

---

die sich wahrscheinlich auf diese Legis Actio bezieht, Savigny, System V S. 577. [Keller a. a. O. §. 14 Note 209 bezieht die Formel auf die Legis Actio sacramento, dieß hängt mit seiner Ansicht von der Condictio Note f zusammen. R.)

c) (Ueber das Vorbild der legis actio per condictionem haben verschiedene Vermuthungen geäußert: Huschke [Richter's Jahrbb. 1837 S. 801. 892] und Mommsen [daselbst 1845 S. 878]. Ersterer hält das Fecialrecht und Recuperatorenverfahren für den ursprünglichen Sitz der Condictio [nach Livius I. 32 und dem status condictus dies cum hoste], während Letzterer in der bei der sacramento in rem actio durch die lex pinaria aufgekommenen Denunciatio: sich am dreißigsten Tag ad iudicem capiendum vor dem Magistrat wiedereinzufinden [§. 154 Note a], das gemeinsame Muster des Recuperatorenprocesses und der Legis Actio per condictionem zu erkennen glaubt. Diese Meinung bringt in die Entwicklung des Verfahrens mehr innern Zusammenhang. Die weitere Ausführung Mommsen's aber: die Legis Actio habe ihren Namen von der Comperendinatio [§. 154 a], also der dreitägigen Nachfrist, da die Denunciation der dreißigtägigen Hauptfrist nur eine einseitige dictio, keine condictio gewesen sei, — ist, abgesehen von andern Gründen [§. 53 c], gegen Gai. IV. 18 und 15, wo der Plural venirent deutlich genug auf eine gegenseitige Denunciatio hinweist. R.)

d) Zwar konnte auch bei der legis actio sacramento nach der Lex Pinaria ein Richter gegeben werden, das hieng aber von dem Willen der Parteien ab.

e) Pecunia stipulata, expensa lata, adnumerata, Cic. pro Q. Rosc. com. 4. 5.

f) Eine dritte, die dahin gestellt bleiben mag (die Vermeidung der Strafe

Eine ganz eigenthümliche Bewandtniß, wodurch sie sich von allen bisherigen unterscheidet, hat er mit der legis actio per manus iniectionem, die als eine nothwendige Ergänzung für jene schon der ältesten Zeit angehört. In gewissen Fällen konnte durch feierliche Ergreifung des Beklagten vorgeschritten werden. Der Kläger sprach in solennen Worten den Grund aus, z. B. quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium decem milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati manus iniicio, und legte zugleich Hand an den Beklagten. Wo diese Legis Actio gestattet war, fiel die In Ius Vocatio weg, der Kläger ergriff den Beklagten, wo er ihn traf, brachte ihn vor den Prätor, und nahm nun jene solenne Manus Injectio vor.[g]) [Sie war in ihrer ursprünglichen Gestalt nicht die Einleitung zu einem Rechtsstreit mit dem Beklagten, dieser wurde vielmehr dem Kläger sofort überantwortet, der ihn mit sich nehmen und ihn fesseln konnte,

an das Aerar, an deren Stelle nach der lex silia eine Succumbenzstrafe von $33^1/_3$ Procent an den Gegner trat), ist genannt in Puchta veris. cap. III p. 9. (Dieß ist ohne Zweifel ein wesentliches Moment, nur muß dabei nicht die Vermeidung des Sacramentum, sondern die durch den Verfall der moralischen Grundlagen des Credits gebotene poena perfidiae debitorum [Gell. 20, 1] als vorherrschend betrachtet werden. Diese Strafe stieg, wenn der Schuldner auch das Zahlungsversprechen zu läugnen wagte, sogar auf 50 Procent [§. 157 e. g., denn grave est fidem fallere, L. 1 D. de pec. const. 13, 5], höher aber konnte man vor dem Judicat nicht gehen, §. 160 m. — Eine vierte Veranlassung der neuen Actio lag in dem Proceß, d. h. aber nicht in der condictio auf den Dreißigsten: diese ist uralt [§. 154 a], sondern in dem kürzern Beweis und Executionsverfahren [Lex iul. municip. 40—45. Paul. II. 1. §. 1]: die Macht des Prätors, den Eid über das ganze Rechtsverhältniß zu erzwingen und den Eidesweigernden extra ordinem zur Zahlung anzuhalten [L. 34 §. 6 L. 14 de iureiur. 12, 2], die schon Plautus [Rud. prol. 14. Curc. 4, 2. 10. Pers. 4, 3. 9. Bacch. 2, 3. 36] kennt, kann nur aus der lex silia herrühren. Die lex calpurnia dehnte dieses Eides- und Executionsrecht auf omnis certa res aus, L. 34 pr. D. de iureiur. 12, 2. L. 11 §. 1—3 rer. am. 25, 2 und gab dem arbitrium liti aestimandae seine [§. 173 d. §. 179 l] §. 166 r zu erwähnende Gestalt, die Succumbenzstrafen blieben jedoch auf pecunia credita und constituta beschränkt. So erklärt sich zugleich die Stellung dieser Lehren in den Quellen. — Eine andere Ansicht stellt Keller §. 18 S. 79 auf. Er hält die sponsio für präjudiziell, allein dann würde die Restipulatio überflüssig sein und für die Fälle der lex calpurnia, wo sie ganz fehlt, schon eine Formula angenommen werden müssen, während Gaius 4, 19. 33 nur von einer Legis Actio weiß, auf welche auch das abgetrennte arbitrium bestimmt genug hindeutet. R.)

g) Wo daher eine außergerichtliche Manus Injectio gestattet war, dürfen wir schließen, daß diese Legis Actio darauf folgte, wenn der Beklagte sich mit dem Kläger nicht auf dem Weg zum Gericht abfand.

wenn sich nicht ein tüchtiger Vindex fand, der für ihn eintrat, die Klage (sacramento) übernahm, und jenen dadurch befreite.[h]) Die Fälle, wo diese für den Beklagten so gefährliche Actio eintrat, waren nach den Zwölf Tafeln folgende: 1) Gegen einen verurtheilten oder pro damnato erachteten Schuldner.[i]) 2) Gegen den fur manifestus.[k]) 3) Wenn jemand einen im Zustand der Freiheit lebenden Menschen als seinen Sclaven ansprach, in servitutem vindicirte, so führte er diesen Proceß nicht mit ihm selbst (eine solche Verhandlung mit diesem Menschen wäre im Widerspruch mit seiner Behauptung, daß er sein Sclave sei, gewesen), sondern mit einem Assertor oder Vindex, d. h. er verfuhr gegen jenen Menschen durch Manus Injectio mit obiger Folge.[l]) 4) Aus den gesammten Nach-

---

h) Festus: Vindex ab eo quod vindicat, quo minus is qui prensus est, ab aliquo teneatur. S. auch §. 160 Note e.

i) Dahin gehört, wer der In Jus Vocatio nicht folgsam ist, überhaupt der indefensus (§. 160), der aes confessus (§. 173).

k) Gai. III. 199. Vgl. Bd. I §. 80 S. 288.

l) Liv. III. 44: virgini venienti in forum (ibi namque in tabernis literarum ludi erant) minister decemviri libidinis (Claudius der Client, der sie als seine Sclavin vindiciren sollte) manum iniecit, serva sua natam servamque appellans sequi se iubebat. Zimmern (Civilproceß §. 44 ereifert sich sehr gegen Heffter, der diesen Fall der Manus Injectio bemerkt hat (observ. ad Gaii comm. IV. p. 15): es würde ihm aber schwer geworden sein, anzugeben, wie denn sonst gegen den als Sclaven in Anspruch genommenen hätte verfahren werden sollen. Das Verfahren gegen einen Menschen, mit dem selbst man nicht den Proceß führen wird, ist stets manus iniectio. — Es ist hier der Ort, die Entscheidung des Decemvir Appius zu erklären, von dem erzählt wird, er habe gegen die ausdrückliche Vorschrift des von ihm selbst verfaßten Gesetzes die vindiciae secundum libertatem verweigert (§. 161 Note u). Daß sein Verfahren auch formell so frech gesetzwidrig war, wie es in den Erzählungen dargestellt zu werden pflegt, ist kaum denkbar. Das Gesetz gestattete dem in servitutem Vindicirenden die manus iniectio, zugleich befahl es die vindiciae secundum libertatem; die Anwendung dieser letzten Vorschrift setzt aber voraus, daß eine Vindication stattfindet, also daß ein Vindex eintritt, der den Proceß übernimmt. Dann und nicht früher ist der Ergriffene bis zur Entscheidung freizugeben. Für Appius, um die Jungfrau durch seinen Clienten in seine Gewalt zu bekommen, kam es daher nur darauf an, einen Zeitpunkt zu treffen, wo zu erwarten stand, daß ein Vindex nicht sofort sich finden werde, indem die Angehörigen abwesend waren, Andere ließen sich wohl durch die Scheu vor dem mächtigen Mann abschrecken, oder man konnte im Nothfall ihre Tüchtigkeit als Vindices beanstanden. So geschah es; in unziemlicher Eile, aber ohne Verletzung des formellen und geschriebenen Rechts, gab Appius, als sich kein Vindex anbot, sein Decret, das dem Vindicanten die Jungfrau überlieferte. Nach diesem kamen erst Oheim und Verlobter der Unglücklichen hinzu, sie boten sich als

richten über das Nexum geht hervor, daß dieser mit Anwendung der Mancipationsform (per aes et libram) eine Geldschuld constituirende Contract dem Gläubiger ebenfalls das strenge Verfahren mit Manus Injectio verschaffte, dem sich der Schuldner durch jene Verpflichtungsart im Voraus unterwarf; wer sich durch Nexum verpflichtet hatte, wurde gleich von vorn herein pro damnato behandelt.[m])

Alle diese Fälle werden unter dem Ausdruck zusammengefaßt: die Manus Injectio findet Statt gegen den Judicatus und gegen den, welcher pro iudicato erachtet wird; auch in der Legis Actio selbst kamen die Worte entweder iudicati (s. die obige Formel), oder pro iudicato vor (ob eam rem tibi pro iudicato manum iniicio). Durch spätere Gesetze wurde sie pro iudicato noch in einigen anderen Fällen gegeben, wo dieses strenge Verfahren gerecht und zweck-

---

Vindices an, Appius konnte diesen Antrag für heute wegen geschlossenen Verfahrens, und auch abgesehen davon, wegen des Näherrechts des angeblichen Vaters verwerfen. Das böse Gewissen hieß ihn nachgeben, erschien der Vater am andern Tage nicht (und er glaubte dieß verhindern zu können), so war dieß als ein Aufgeben seines Rechts, als ein Zugeständniß an den Kläger zu behandeln, und man gewann durch den Aufschub einen definitiven Sieg in der Sache. Erst als der Vater am zweiten Tag wirklich erschien, riß den Decemvir die Wuth, sich getäuscht und den wohlangelegten Plan vereitelt zu sehen, über die Schranken des formellen Rechts hinaus, doch auch dieses nicht ohne einigen Schein, denn er hielt nur jenes erste Decret aufrecht, das im Grunde nicht aufgehoben, sondern nur in seiner Wirkung suspendirt worden war, indem er die Fortsetzung der Verhandlungen selbst ohne Zweifel auf einen andern Tag verschob: priusquam aut ille (der Kläger) postulatum perageret, aut Virginio respondendi daretur locus, Appius interfatur (Liv. III. 47). (Erhebliche Einwendungen gegen die vermeinte Manus Injectio machen Schmidt [von Ilmenau], Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIV, 3 [1848] S. 77 f., Eck, doppelseitige Klagen (1870) S. 25 (gegenüber der kläglichen Wiederaufnahme der Manus Injectio durch Punschart, der Proceß der Virginia, Wien 1860 S. 47) und Ihering, Geist III S. 93 Anm. 119, welcher die Motivirung des Appius in einem Legitimationsmangel des Freiheitsklägers, nämlich in der väterlichen Gewalt eines Dritten zu finden glaubt, welche keinen Gegenanspruch gestattet, wie ihn der Sacramentsproceß verlangte. Es ist bei dieser Frage überhaupt zu beachten, daß so lange der Gegner noch nicht unbestritten bloßes Proceßobject ist, von einer Manus Injectio nicht die Rede sein kann. Ueber die Freiheit der Virginia wurde aber noch im Sacramentsprocesse gestritten, nach Liv. 3, 56 beantragte Verginius ein praeiudicium si ab libertate in servitutem contra leges vindicias non dederit, einstweilen konnte daher von einer Ausübung des Besitzes noch nicht die Rede sein. R.)

m) Die Natur des Nexum wird im Privatrecht untersucht werden.

mäßig schien. So durch die Lex Publilia dem Sponser gegen den Schuldner, für den er sich verbürgt und bezahlt hatte, wenn ihm nicht innerhalb sechs Monaten das Bezahlte wieder erstattet war (actio depensi), durch die Lex Furia gegen den Gläubiger, der von einem von mehreren Sponsores mehr als den ihn treffenden Theil der Schuld beigetrieben hatte. Später indessen fand man die Vermehrung dieser Fälle bedenklich, im Interesse der bürgerlichen Freiheit entstanden Beschränkungen der Manus Injectio, theils durch den Einfluß der Prudentes, theils durch Gesetze. In einigen Gesetzen, welche die Manus Injectio gaben, war nicht ausdrücklich gesagt, daß sie pro iudicato stattfinden soll: so in der lex furia testamentaria gegen den, welcher ein größeres Legat, als das Gesetz gestattete, angenommen hatte, in der Lex Marcia gegen die Wucherer, die ungesetzliche Zinsen beigetrieben hatten. Dieß gab, da es gerecht schien, das strenge Verfahren so viel möglich einzuschränken, Veranlassung zur Annahme einer Manus Injectio, die man pura im Gegensatz zu der pro iudicato nannte, und bei welcher von jenem Verfahren nichts übrig blieb, als die Einleitung durch das außergerichtliche Ergreifen und die vor dem Prätor gesprochenen Worte, der Beklagte bedurfte hier keines Vindex, er konnte manum sibi depellere et pro se lege agere, d. h. es wurde von da an gegen ihn mit einer der übrigen legis actiones geklagt. Dieß suchte man auch für frühere Gesetze, wenn darin nicht die Worte pro iudicato standen, geltend zu machen. Die Rechtsunsicherheit, die dadurch entstanden war, hob eine Lex, deren Name bei Gaius nicht vollkommen lesbar ist,[n] durch die Vorschrift, daß die Manus Injectio mit der alten Wirkung nur in zwei Fällen stattfinden solle: gegen den Judicatus und bei der actio depensi; in allen andern blieb von ihr nur jene außergerichtliche Ergreifung übrig. Ueber die Aufhebung eines wichtigen Falls, des Nexum, haben wir noch eine besondere Nachricht. Ein Gesetz, welches in der Mißhandlung eines Jünglings C. Publilius durch dessen Gläubiger seinen nächsten äußerlichen Anlaß ge-

---

n) Gai. IV. 25. In der Handschrift hat man gelesen lege uallia oder auch uauia oder ualeia. Die Vermuthungen: valgia, villia, velleia, varia, aquilia führen zu keinem irgendwie erheblichen Resultat. Eher könnte die lex publilia bei dem sponsor gemeint sein. (Vgl. Note s. R.)

habt haben soll,[o]) schrieb vor,[p]) daß die gegenwärtigen und künftigen Nexi befreit sein sollten, d. h. daß ein Nexus die Folgen der Manus Injectio ohne Vindex durch seine eigene Stellung vor Gericht sollte abwenden können, wodurch das Nexum aufhörte, dem Gläubiger einen besonderen Vortheil zu gewähren, und darum außer Gebrauch kam. Man pflegt dieses Gesetz Lex Pötelia oder Pötelia Papiria zu nennen. Dieß gründet sich lediglich darauf, daß Livius erzählt, der Senat habe den Consuln geboten, ein Gesetz jenes Inhaltes einzubringen und daß er diese Thatsache in das Jahr 428, wo C. Pötelius und L. Papirius Consuln waren, einreiht. Geben wir dieß auf (und mit voller Bestimmtheit sagt nicht einmal Livius, jene Consuln hätten wirklich das Gesetz eingebracht), so haben wir überhaupt keine Veranlassung mehr, das Gesetz einem Pötelius zuzuschreiben; dieß haben die übersehen, welche jenem Consul den Dictator Pötelius vom Jahre 441 substituiren wollen.[q]) — Hier drängt sich folgende Bemerkung auf. Drei Thatsachen sind uns überliefert, die theils entschieden, theils höchst wahrscheinlich in einer inneren Beziehung zu einander stehen: die Aufhebung des Nexum (von Varro, Cicero, Livius, Dionysius bezeugt) durch ein Gesetz, dessen Name nicht sicher ist,[r]) die Beschränkung der Manus Injectio, für die Gaius ein Gesetz von zweifelhaftem Namen anführt (Note n), und die Lex Silia, welche eben für den Fall, bei dem das Nexum üblich war, eine neue Legis Actio einführte (s. oben). Sollten dieß nun wirklich drei verschiedene Gesetze sein? Undenkbar wäre es nicht, ja es würde sich dieser Umstand ganz gut erklären lassen, aber wir müssen nicht ver-

---

o) Liv. VIII. 28. Cic. de re publ. II. 34: quum sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum, und die valesianischen Excerpte aus Dionysius (Oxon. 1704 p. 709), Varro de L. L. VII. 105 (Müller) nach der florentinischen Handschrift, (aus der die andern geflossen sind) von dem Nexum: hoc C. Popilio vocare sillo dictatore sublatum ne fieret, ut omnis qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi sed soluti.

p) Vgl. Savigny über das altröm. Schuldrecht (1834) S. 16.

q) Niebuhr (röm. Gesch. III S. 178. 343). Von der gleichen Annahme ist die Emendation des Varro Poetelio statt Popilia ausgegangen, welche Lachmann so vervollständigt hat: hoc C. Poetelio *Libone Visulo* dictatore sublatum ne fieret: et omnes qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti. (Eben so Huschke, Recht des Nexum [1846] S. 129—131. R.)

r) Das handschriftliche sillo bei Varro könnte gar wohl Silio zu lesen sein.

gessen, daß die Existenz dreier verschiedener Gesetze durchaus nicht hinlänglich beglaubigt ist. [s])

Die letzte Legis Actio, die mit der Manus Injectio das gemein hat, daß sie nicht auf die Anordnung eines Judiciums gerichtet ist, aber von allen dadurch sich unterscheidet, daß sie nicht vor dem Magistrat, auch nicht gegenüber dem Gegner, also gewissermaßen extra ordinem des alten Rechts vorgenommen wird, ist die per pignoris capionem. Sie besteht in der Wegnahme einer Sache mit feierlichen Worten, die den Grund der Pfändung ausdrückten. Das Pfand mußte von dem Schuldner gelöst werden, oder es wurde verkauft. [t]) Die pignoris capio, die der Magistrat durch einen Diener vollstrecken ließ (Bd. I §. 79 Note u und unten §. 179), ist hier nicht gemeint, sondern die einer Privatperson zustehende; dennoch aber haben alle Fälle, wo sie theils nach altem Gewohnheitsrecht, theils nach gesetzlicher Vorschrift stattfand, einen engen Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse. Vor allem gehört dahin die pignoris capio rei militaris, die der Soldat wegen des Solds, aes militare, der Ritter wegen des aes equestre (Summe für das Pferd), und wegen des Futtergelds, aes hordearium, gegen den hatte, der es zu bezahlen schuldig war. Diese Gelder pflegten nämlich in alter Zeit nicht aus dem Aerarium gezahlt, sondern die Empfänger an diejenigen unmittelbar gewiesen zu werden, denen diese Leistung auferlegt wurde. [u]) Wie die Soldaten Forderungen geltend

s) (Huschke a. a. O. S. 143—147 vermuthet, die lex vallia Note n) möge eine lex valeria des Dictators M. Valerius Corvinus gewesen sein, mit der man den gefährlichen Schuldneraufstand im Jahr 413 [Victor de viris ill. 29. Appian. de reb. samnit. I. 1. 2.] beschwichtigt habe. Der Aufhebung der executiven Manus Injectio bei bestrittenen Forderungen sei dann als ein weiterer Schritt das Verbot dieser Proceßform bei eingestandener Schuld [durch die lex poetelia] gefolgt. R.)

t) Gai. IV. 32.

u) Liv. I. 43: — et quibus equos alerent, viduae adtributae, quae bina milia aeris in annos singulos penderent. Gai. IV. 27: — nam propter stipendium licebat militi, ab eo, qui aes tribuebat, nisi daret, pignus capere —. Cato apud Gell. VII. 10: pignoris capio ob aes militare, quod aes a tribuno aerario miles accipere debebat —. Paul. ex Festo: aerarii tribuni a tribuendo aere sunt appellati. Aerarium sane populus romulus in aede Saturni habuit. Dieser letzte Satz zeigt, daß die tribuni aerarii mit dem Aerarium nichts zu thun hatten, und dasselbe geht auch aus der Erklärung des Namens im ersten Satz hervor, so wie aus dem dieser Mißdeutung ganz entnommenen: tribuni aeris bei Plin. hist. nat.

machten, die ihrem Ursprung nach öffentliche waren, so war dieß auch der Fall bei den Publicanen, denen die pignoris capio wegen der gepachteten Staatseinkünfte gegen die Abgabenpflichtigen ebenfalls gegeben war. Eine andere Classe von Fällen betrifft das ius sacrum. Die Zwölf Tafeln ließen die pignoris capio zu gegen den, welcher ein zum Opfer bestimmtes Thier kaufte und den Preis nicht zahlte, ferner gegen den Miether eines Thiers, dessen Miethpreis zur Verwendung in dapem (in sacrificium) bestimmt worden ist. v)

b. Formulae. *)

aa. Allgemeines.

CLXIII. Die eigentliche Form der Legis Actiones bestand darin, daß durch mündliches Aussprechen gewisser Worte der Proceß begonnen wurde, und der Anspruch, den man geltend machte, mit Gesetzesworten bezeichnet werden mußte. Wer darin fehlte, verlor den

---

XXXIII. 7. Daß diese tribuni aerarii (die auch unter den Judices der Lex Aurelia vorkommen, Bd. 1 S. 239) keine Magistrate waren, wie man früher geglaubt hat, womit sich denn freilich die pignoris capio der Soldaten gegen sie, und eben so die beträchtliche Anzahl, welche die Lex Aurelia voraussetzt, schlecht vertrug, dieß hat sehr gut und überzeugend nachgewiesen Madvig de tribunis aerariis 1838. (Eben so wenig aber dürfen sie mit den bürgerlichen Tribusvorstehern [curatores tribuum] identificirt werden, wie Mommsen [die römischen Tribus, 1844 S. 24. 51—57. Vgl. dagegen Huschke in Richter's Jahrbb. 1845 S. 591 ff.] gethan hat. Vielmehr waren sie Militärintendanten, denen in früherer Zeit die Zahlung des Soldes so aufgelegt war, daß die Soldaten mit ihrer Soldforderung unmittelbar an sie gewiesen wurden. Der erste unter ihnen hatte zugleich die Liste [tributus] des Soldes und der Lieferungen zu entwerfen: Festus im Auszuge s. v. primanus tribunus erat, qui primae legionis tributum scribebat. Nach Abschaffung der Pignoris Capio, die schon zu Cato's Zeit antiquirt war, gieng die Soldzahlung von den Tribunen auf die Quästoren über. R.) Zur Zeit der Lex Aurelia hatte demnach ihre ursprüngliche Bedeutung längst aufgehört, und der Name bedeutete (wie der der Ritter — Schol. Bob. p. 229 Orell. tribuni aerarii et equites eiusdem scilicet ordinis viri) nur noch einen gewissen Census. So kommt er auch noch später für eine Richterdecurie vor, Plin. hist. nat. XXXIII. 7. 8.

v) (Die Lex, deren Namen bei Gai. 4, 28 nur halb zu lesen, ist die lex praediatoria, d. h. der Volksschluß oder die sonstige Rechtsnorm über die Realisirung der für Staatschulden bestellten Sicherheiten. Lex Flavia Malacit. 64. Mommsen, Stadtrechte S. 474. R.)

*) (Eine wichtige Hülfe hat die Fortsetzung von Bethmann-Hollweg, röm. Civilproceß, Bd. 2. Formulae 1865, gewährt. Die Herstellung der im Edict proponirten Formeln versucht Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 3. S. 41—53, Bd. 4. S. 1—122, de iurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt. 1869. R.)

Proceß. Diese enge Anschließung an das gesetzliche Recht hemmte nicht eine weitere Entwickelung des Rechts, solange diese an dem eigentlichen Geist des Jus civile festhielt [Bd. I. §. 78], als sie aber unter den Einflüssen des Jus Gentium eine freiere und selbstständigere Richtung nahm, mußte jene Nothwendigkeit der Legis Actiones eine immer drückendere Fessel werden. Aber dieß war es nicht allein, was eine andere, diesen Bedürfnissen entsprechendere, biegsamere Form des Verfahrens wünschenswerth machte. Wären auch die Prudentes bereit gewesen, sofort der Erweiterung des Rechtsbewußtseins durch Anfügung, wie es eben hätte glücken wollen, an die gesetzlichen Sätze Platz zu machen, so hätte es nicht fehlen können, daß man in der Legis Actio einen Anspruch genannt hätte, von dem der nachher vor dem Richter vorgebrachte ganz verschieden war, die Theilnahme des Magistrats wäre eine ganz leere Form geworden, während der Richter, durch keine Verzeichnung seiner Thätigkeit mehr beschränkt, eine unberechenbare Macht erhalten hätte. Gerade dieses Bedürfniß, unter dem sich ausdehnenden Recht dem Magistrat eine maßgebende Mitwirkung zu bewahren, und der mit dem Recht selbst wachsenden Macht der Richter Schranken zu ziehen, also mit einem Wort, eben die Vortheile der Trennung des Verfahrens in Jus und Judicium festzuhalten, führte zu der neuen Einrichtung, die hier beschrieben werden soll. Sie verstärkte den Einfluß der Magistrate, und stimmte so mit der ganzen Richtung zusammen, welche die Entwickelung des römischen Staats nahm.

Diese einflußreichere Stellung gestaltete sich zuerst bei der Peregrinenjurisdiction. Ob nicht hier schon das Verfahren, das nachher auf die Römer übergetragen ward, im Wesentlichen sich gebildet hatte, mag dahin gestellt bleiben, unwahrscheinlich ist es nicht.[a]) Für die Römer blieben die Legis Actiones das ausschließliche Verfahren, bis zur Lex Aebutia, welche neben ihnen ein anderes Verfahren, das durch Formulä einführte (Bd. 1 §. 80).

---

a) Der Legis Actio war der Peregrine nicht fähig, aber ihre Anwendung ließ sich so denken, daß der Peregrine einen Bürger zum Vertreter haben mußte, der für ihn als actor auftrat, wie es noch später bei den pecuniae repetundae geschah (§. 156). Dieß mag der älteste Modus bei Processen zwischen Römern, und Peregrinen gewesen sein, der dann vielleicht einem dem späteren römischen analogen Verfahren Platz machte.

Dieses neue Verfahren bestand darin, daß der Proceß eröffnet und anhängig gemacht ward durch eine Schrift, in welcher der Magistrat die Streitpunkte zusammenfaßte, per concepta verba. Die Schrift heißt formula. Diese enthält 1) die Bestellung des Judiciums, vor dem die Sache verhandelt werden soll: Octavius iudex esto,[b]) oder: P. Cornelius, C. Laelius, M. Sempronius recuperatores sunto; bei dem Formularverfahren wurde stets das Judicium bestellt, — um die Sache an ein ständiges Gericht zu bringen, mußte durch Legis Actio geklagt werden; 2) die Instruction des Richters, welche durch Zusammenfassung des Streitpunkts mit der Anweisung, nach Befinden: si paret — si non paret zu entscheiden, ertheilt ward.

Das Verfahren mit Legis Actiones wurde nicht aufgehoben, weder durch die Lex Aebutia, noch durch die beiden Leges Juliä, welche es noch mehr als jene einschränkten.[c]) Schon durch die Aebutia aber wurden gewisse Legis Actiones sicherlich ganz abgeschafft, so die per condictionem, die in der That keine Bedeutung mehr hatte, und selbst nur eine Art von Uebergangsbildung zu dem neueren Verfahren gewesen war, vielleicht auch (die Erbtheilung ausgenommen §. 314 b. R.) die per iudicis postulationem. Seit den Leges Juliä blieben nur zwei Fälle übrig, wo die Legis Actio gestattet ward: wegen damnum infectum (ohne daß Gaius die Form näher angiebt, er sagt nur, daß sie hier wirklich niemals vorkomme, und wenn die Rechtssache vor die Centumvirn kommen soll, wo sie durch legis actio sacramento vor einem Prätor oder Präses Provinciä eingeleitet werden muß.[d]) Damit waren die übrigen Legis Actiones

---

b) Cic. in Verr. II. 12. (Valerius Probus Einsidl. n. 1: I. E. iudex esto. R.)

c) Gell. XVI. 10. Gai. IV. 30. 31. Da die legis actio nicht bloß für ein privatum iudicium, sondern auch bei einem publicum (so bei den repetundae) vorkommen konnte, so ist es das Natürlichste, die „duas iulias" von den leges iudiciorum privatorum und publicorum des August (oder der lex iulia repetundarum des Cäsar: Rudorff, Zeitschr. XII S. 136—149. R.) zu verstehen.

d) Gai. IV. 31: ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum aut peregrinum *praesidemve provinciae*. Vgl. Bd. 1 §. 93 Note m. Die Vornahme der Legis Actio war eine reine Formalität, darum war es gleichgültig, bei welchem Magistrat (seine Fähigkeit zu dieser Function vorausgesetzt, Bd. 1 §. 92) sie geschah, dieser Magistrat hatte keinen Einfluß auf das centumvirale iudicium darum, daß er bei der Legis Actio mitwirkte.

außer Anwendung gesetzt, und nur dadurch noch in einer Art von Geltung, daß ihre Vornahme bei manchen Klagen im Formularproceß fingirt wurde, d. h. diese Klagen auf dieselbe Leistung gegeben wurden, die hätte gefordert werden können, wenn die Legis Actio vorgenommen worden wäre.[e]

Es ist schon bemerkt worden, wie durch das neue Verfahren die Thätigkeit des Magistrats erhöht wurde. Während bei der Legis Actio seine Rolle eine ziemlich passive war, so hatte er nun die Formula, also die Klage in ihrer processualischen Gestalt, abzufassen und zu geben: iudicium, formulam, actionem dabat, die Partei postulirte und impetrirte sie, sei es in Gemäßheit des Jus civile (denn auch die civiles actiones mußten doch erst von dem Magistrat concipirt und somit gegeben werden) oder des Edicts. Der Magistrat konnte aber die Formel, die sich die Partei erbat, aus bestimmten Gründen verweigern, denegare actionem, so 1) wenn die Klage gar nicht im Recht begründet ist, wenn es gar keine solche Klage, wie sie postulirt wird, giebt; 2) wenn die Anstellung der Klage contra bonos mores ist, so namentlich eine turpis obligatio geltend gemacht werden soll;[f] 3) wenn die Klage im Edict nur so versprochen ist, daß ihre Verwilligung im einzelnen Fall von dem Ermessen abhängig gemacht wird;[g] 4) wenn die Nichtzuständigkeit der Klage ohne Untersuchung auf der Hand liegt, z. B. der Schuldner bereit ist zu zahlen,[h] oder die Sache erwiesenermaßen schon entschieden ist;[i] 5) als Zwangsmittel gegen einen Ungehorsamen, um ihn durch Verweigerung der Klage zur Befolgung eines Gebots zu vermögen.[k]

bb. Partes Formulae.

CLXIV. In die Formel werden die Anträge der Parteien zur

e) So bei der Klage des Publicanus gegen den Zollpflichtigen, Gai. IV. 32, während vor den Leges Juliä den Publicanen noch die pignoris capio selbst zustand. Cic. Verr. III. 11.

f) L. 26. 27 D. de V. O. (45, 1.)

g) Z. B. das Edict: Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse, deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. Item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo, L. 15 §. 34 D. de iniur. (47, 10.)

h) L. 30 D. de solut. (46, 3) L. 21 D. de indic. (5, 1.)

i) Cic. pro Flacco 21.

k) Z. B. L. 1 §. 10. 13 D. de collat. (37, 6.)

Nachachtung des Gerichts aufgenommen und in die processualische Form gebracht. Die Formeln bekommen ihren Inhalt theils durch die Ansprüche und Anträge des Klägers, theils durch Anträge des Beklagten. In Beziehung auf die Anträge des Klägers, insofern also die Formel die Klage enthält und gestaltet, wovon hier zunächst die Rede sein wird, kann sie vier Bestandtheile haben (partes formulae), wenn auch nicht alle neben einander in Einer Formel vorkommen können: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio.[a])

Der erste Theil ist die **Demonstratio**: die Bezeichnung des Factums, welches dem Anspruch des Klägers zu Grunde liegt; es wird so ausgedrückt, wie es der Kläger behauptet: Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit — Quod A. A. No No hominem vendidit. Der Zweck der Demonstration ist, das Verhältniß, über welches der Richter zu urtheilen hat, näher zu bestimmen, wo es dieser Bestimmung bedarf, was von der Beschaffenheit der zweiten Pars Formulä abhängt. Die Frage, welche Formeln eine Demonstration enthielten, wird erst unten beantwortet werden können.

Die Demonstratio erhält zuweilen einen Zusatz eigenthümlicher

---

a) Gai. IV. 39. 52. Zur Veranschaulichung mag hier einstweilen folgende Formel stehen: Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est (Demonstratio), Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet (Intentio), Eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito (Condemnatio). Den Kläger pflegen die römischen Juristen in ihren Anleitungsformularien mit Aulus Agerius (der Reiche, welcher klagt), den Beklagten mit Numerius Negidius (der zahlen soll und sich weigert) zu bezeichnen, ein altväterischer Scherz, der in den Unterrichtsbüchern herkömmlich fortgeführt ward. (Eine Schwierigkeit trat ein, wenn eine Partei zwischen der Stipulation und Litis Contestatio ihren Namen durch Capitis Diminutio oder Annahme eines fremden geändert hatte. Von diesem Fall handelt ein Fragment des P. Aufidius [Namusa oder Tucca Bd. 1 S. 377] bei Priscian. 8, 4 p. 791. Putsch. si quis alio vocitatur nomine tum, cum lis contestatur, atque olim vocitabatur. — Ohne Zweifel wurde in der Demonstratio der frühere Name genannt und der jetzige mit der Designatio qui nunc . . . vocitatur hinzugesetzt; in der Intentio und Condemnatio aber der jetzige und diesem der ehemalige etwa mit einem: cui olim . . . . nomen fuit angeschlossen. Oder man half durch eine Präscription [wie in dem ähnlichen Fall bei Gai. IV. 134.] Huschke, Zeitschr. X. S. 339—342. Nach der Litiscontestation trat eine translatio ein, L. 57 de iud. [5, 1] — vorausgesetzt überall, daß das iudicium ein legitimum ist, wo die Personen civiliter designirt werden, Gai 3, 83. R.)

Art, welcher praescriptio (pro actore vgl. §. 171) heißt.[b]) Eine Forderung kann auf mehrere Prästationen gerichtet sein, von denen man jetzt eine einklagen, die andere sich vorbehalten will, die Formel aber ist von der Beschaffenheit, daß sie überhaupt auf das geht, was der Beklagte dem Kläger aus diesem Verhältniß schuldet: quidquid ob eam rem (die vorher in der Demonstration genannte) dare facere oportet (incerta actio s. nachher). Hier liegt jene Beschränkung des Judiciums auf einen Theil des gesammten Gegenstands nicht in dieser Fassung des Anspruchs selbst, diese vielmehr ist auf alles, was der Kläger aus dem Verhältniß zu fordern hat, gerichtet, die Beschränkung kann aber durch einen einleitenden Zusatz bewirkt werden, der die an sich allgemeinere Klage auf den einzelnen Punkt reducirt: ea res agatur etc. mit dem Vorbehalt, sie wegen der übrigen noch einmal anzustellen.[c]) Dieß fand Anwendung, wenn die Forderung auf terminweise Prästationen gieng, von denen noch nicht alle fällig waren: ea res agatur, cuius rei dies fuit. Ohne diesen Zusatz würde der Kläger jetzt auch nur den fälligen Theil bekommen haben, aber nach dem Eintritt der folgenden Termine, da die ganze Sache in Judicium deducirt worden wäre (was eben durch den Zusatz verhindert wird), nicht wieder haben klagen können. Ferner wenn überhaupt der Kläger sich veranlaßt sah, für jetzt nur einen Theil seiner Ansprüche mit einer an sich unbestimmt auf das Ganze gefaßten Klage geltend zu machen, z. B. wenn der Kläger dem zugleich die Mancipation des gekauften Grundstücks versprochen ist, einstweilen diese, später erst die Tradition fordern will: ea res agatur de fundo mancipando.[d]) Diese Präscriptiones setzten eine

b) Gai. IV. 130—137.

c) Cic. de fin. II. 1: Omnis autem in quaerendo, quae via quadam et ratione habetur oratio, praescribere primum debet, ut quibusdam in formulis: ea res agatur ut inter quos disseritur, conveniat quid sit id, de quo disseratur. (In demselben Werk [V. 26] braucht er das Gleichniß noch einmal: et ego, Piso, inquam, si est quisquam, qui acute in causis videre soleat, quae res agatur, is es profecto tu. Aus der Vergleichung beider Stellen erhellt, daß in der erstern die Worte *ea* res agatur in: *quae* res agatur zu ändern und statt für den Anfang einer Präscriptio vielmehr für eine Anspielung auf die Demonstratio oder Designatio §. 165 zz zu nehmen sind. Dieß scheint Huschke, Zeitschr. XIII S. 327 zu übersehen. — Dagegen gehört hierher der Einsiedler Probus 3. E. R. A. ea res agitur [lies agatur]. R.)

d) Vgl. außer Gaius (Note b) auch L. 48 §. 7 D. de aedil. ed. (21, 1). cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno

Klage auf ein Unbestimmtes, incerta actio, voraus, denn ist die Formel auf einen bestimmten Gegenstand gerichtet, so kann die Beschränkung durch die Fassung auf den Theil selbst erreicht werden, z. B. wenn der Kläger zwanzig stipulirt hat und er will jetzt nur die Hälfte ausklagen, so thut er dieß mit der Formel: si paret decem dare oportere reum, und ist nicht gehindert, wegen der übrigen zehn später wieder zu klagen.[e] Aber es giebt dennoch einen Fall, wo auch bei einer certa actio eine Präscriptio nöthig wird. Wenn der Herr aus einem Contract seines Sclaven klagt, so wird er in der Formel als der Gläubiger bezeichnet, denn er erwirbt die Forderung durch seinen Sclaven. Nun wird es aber doch nothwendig, anzugeben, wer den Contract geschlossen hat, dieß geschieht bei der incerta actio (quidquid etc.) — in der Demonstration: quod Stichus servus de N. N. incertum stipulatus est, worauf dann folgt: quidquid ob eam rem N. N. Ao Ao (dem Herrn des Stichus) dare facere oportet, und eine Präscriptio ist unnöthig. Anders bei der certa actio, die keine Demonstratio enthält (§. 167), sondern gleich so beginnt: si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem dare oportere, hier wurde jenes factische Verhältniß, daß A. A. nicht selbst, sondern sein Sclave diese Summe stipulirt habe, in einer vorausgeschickten praescriptio angegeben.[f] Was endlich die Fassung des Zusatzes, von dem hier gehandelt worden ist, anlangt, so wird er entweder mit den Worten: ea res agatur etc. ganz vorausgeschrieben, und davon hat er den Namen praescriptio erhalten, oder er wird mit der Demonstration verwebt,[g] theils so, daß diese zwischen jene Eingangsworte und die den Inhalt der Präscriptio bezeichnenden hineingesetzt wird,[h] theils

---

vitio agere et praedicere, ut si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur. — Vielleicht wurde auch die Protestation bei der Klagencumulation (L. 1 §. 4 D. quod leg. [43, 3] quotiens incertum est, quae potius actio teneat — duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingit durch eine Präscriptio ausgedrückt.

e) Gai. IV 56. S. unten §. 167. (Daher der Grundsatz tot stipulationes, quot res, L. 86 de V. O. [45, 1.] R.)

f) Dieß die Erklärung der durch Unlesbarkeit der Handschrift abgerissenen Stelle des Gaius IV. 134. 135. Die Präscriptio vertritt hier die Demonstratio, und dadurch schließt sich dieser Fall den praescripta verba an, von denen unten §. 165 a. E. die Rede sein wird.

g) Loco demonstrationis, d. h. in (nicht: statt) der Demonstratio.

h) (Z. B. *ea res agatur*, quod N. N. pro Lucio Titio incertum fide

so, daß die Eingangsworte (ea res agatur) ganz weggelassen werden.

CLXV. Wir gehen zur **Intentio** über. Dieß ist der Theil der Formel, welcher am engsten mit den Rechten, die geltend gemacht werden, zusammenhängt, und darum auch den bedeutendsten Einfluß auf die Natur des Rechtsstreits hat.

Die Intentio ist die Bezeichnung des Rechts, welches der Kläger nach dem Jus civile sich zuschreibt, das er geltend macht und gegen den Beklagten verfolgt, daher ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit. In der Intentio zeigt sich daher die Verschiedenheit der Klagen, soweit sie von der verschiedenen Natur der geltend gemachten Rechte abhängt. Hier ergiebt sich nun folgender Unterschied als der erste und bedeutendste.

Die Intentio ist entweder ausdrücklich gegen die Person des Beklagten gerichtet, z. B. si paret, *Numerium Negidium* Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere, oder es ist darin nur der Gegenstand, auf den der Anspruch des Klägers geht, genannt, z. B. si paret, *hominem* (fundum, ius utendi fruendi, hereditatem) ex iure quiritium Auli Agerii esse. Im ersten Fall ist die Intentio in personam gefaßt, und die Klage heißt in personam actio, im zweiten Fall in rem, und die Klage ist eine in rem actio. [a]) Diese intentio in rem ist für den Formularproceß, was bei den Legis Actiones die Vindicta (§. 161), darum führt auch jene den Namen vindicatio, der moderne Name dafür ist petitio (daher formula petitoria §. 168); für die in rem actiones wechselt darum die Bezeichnung vindicationes und petitiones ab, [b]) so daß für manche Fälle jene (rei vindicatio, servitutis vindicatio, in servitutem, in libertatem vindicatio), für manche diese (usus-

---

sua esse iussit, modo [Huschke, Zeitschr. für gesch. R. W. XIII. 329—332.] *cuius rei dies fuit.* R.)

a) Gai. IV. 2. 3: In personam actio est, qua agimus, quotiens cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, id est, cum intendimus, dare facere praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere velut utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi, vel altius tollendi vel prospiciendi, item actio ex diverso adversario est negativa.

b) Gai. IV. 5. L. 28 D. de O. et A (14, 7) L. 178 §. 2 D. de V. S. (50, 16.)

fructus petitio, hereditatis petitio) die üblichere ist. Dagegen wird für die intentio in personam das Wort actio in einem ausgezeichneten Sinne gebraucht.[c]) Als in rem actio wird aber auch die behandelt, wodurch lediglich dem Gegner ein Recht an der Sache abgesprochen wird: negativa oder negatoria in rem actio (Note a): ius illi non esse utendi fruendi, eundi agendi etc., obgleich in dieser Intentio als nothwendige Folge ihrer negativen Fassung der Gegner genannt wird. Eben so giebt es umgekehrt Fälle, wo die Person des Gegners nicht erwähnt wird, und wo die Klage doch als eine persönliche gilt.[d]) So erhebt sich die Eintheilung der Klagen in in rem und in personam actiones über die processualische Form; sie trifft in ihren Hauptfällen mit jener verschiedenen Fassung der Intentio zusammen, aber sie ist nicht schlechthin abhängig von derselben, so daß sie selbst die Klagen umschließt, welche, wie unten vorkommen wird, gar keine eigentliche Intentio (iuris civilis) haben. Und dieß hat seinen Grund darin, daß jene Fassung der Intentio keinen processualischen, sondern einen materiellen Ursprung hat, nicht durch sie ist jener Unterschied der Klagen seinem Wesen nach (der Name wohl) entstanden, sondern umgekehrt, die Verschiedenheit der geltend gemachten Rechte hat jene Verschiedenheit der processualischen Form hervorgebracht (S. Bd. I S. 79). Es sind die Klagen aus Obligationen, deren Intentio in personam gefaßt wird, (Note a), da sich das Rechtsverhältniß, das die Intentio bezeichnen soll, gar nicht ohne Angabe des Beklagten (des Schuldners) ausdrücken läßt; die Klage aus allen andern Rechten sind in rem actiones, und ihre Intentio ist in rem concipirt, weil mit der Bezeichnung des Rechts die Person des Beklagten nichts zu thun hat.[e])

---

c) S. die Pandektenstellen der Note b. Die letzte sagt daher: actionis verbum et speciale est et generale, nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio, sed plerumque actiones personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur —, eine Bemerkung, die sich auf die Zusammenstellung dieser Ausdrücke in Gesetz- und Vertragsformeln bezieht, vgl. z. B. L. 18 §. 1 D. de acceptil. (46, 4.)

d) L. 1 §. 3 D. de interd. (43, 1): interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. L. 9 §. 8 D. quod metus (4, 2): cum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coërceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est. —

e) Wegen dieses materiellen Gehalts der Eintheilung und ihres allgemei-

Die Intentio in rem geht immer auf ein certum, d. h. der Gegenstand auf den sie gerichtet wird, kann und muß stets bestimmt angegeben werden,[f] die in rem actio ist eine formula qua certum petimus.[g] Anders verhält es sich mit der intentio in personam; auch diese kann certa, aber sie kann auch incerta sein, und hiernach werden die formulae selbst in certae und incertae geschieden.[h]

Die Intentio in personam, wenn sie auf ein certum gerichtet ist, erhält die Fassung: si paret reum dare oportere. Dare nämlich in dem eigentlichen Sinn des Worts heißt das Geben eines Ge-

---

nen Charakters und Umfangs vgl. nun Savigny, System des heut. R. R. V. §. 206—209.

f) (Diese bestimmte Angabe vertritt die Stelle der Gegenwart der Sache, wodurch im Legisactionenproceß die Identität constatirt wurde. §. 162 Note o. L. 6 D. de R. V. [6, 1]: si in rem aliquis agat, debet designare rem: et utrum totam, an partem et quotam petat. appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. — infectae — materiae pondus, signatae — numerum, factae — speciem diei oportet, sed et mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur. — In petendo homine nomen eius diei — item fundum petiturus, nomen eius et quo loco sit, dicere debebit vgl. Cic. pro Mur. 12 cum hoc fieri bellissime posset: fundus sabinus meus est: immo meus; deinde iudicium: noluerunt. Fundus, inquit, qui est in agro, qui sabinus vocatur]. Ueber diese Bezeichnungen enthielt das Edict sehr bestimmte Vorschriften. Der technische Ausdruck dafür ist designare, oder — von der mündlichen Legis Actio und Editio her — [certum] dicere: Collatio II. 6. 3: certum autem an incertum dicat, cognitio ipsius praetoris est. demonstrat autem hoc loco praetor non vocem agentis, sed qualem formulam edat. R.)

g) Ein incertum wäre hier nur möglich, wo jemand das eingeklagte Recht sich bloß zu einem Theil zuschreibt, z. B. das Miteigenthum geltend macht, wenn er diesen Theil noch nicht bestimmt anzugeben vermöchte, aber diese incertae partis vindicatio ist nur ausnahmsweise, wo ein dringender Grund dazu auffordert, gestattet, Gai. IV. 21. (wo Huschke's Scharfblick in den Worten: velut si heres *quantam partem* petat *in eo fundo, quo de agitur, pareat ipsius esse* den Anfang der incertae partis rei vindicatio erkannt hat. Vgl. Zeitschr. für gesch. R. W. XIII S. 296. R.) L. 76 §. 1 D. de R. V. (6, 1) L. 8 §. 1 D. comm. div. (10, 3) L. 1 §. 5 D. si pars (5, 4).

h) Gai. IV. 54. 131. (Bei der intentio certa in personam verlangt das Edict in der vom Kläger edirten Formel ebenso bestimmte Angaben wie bei der intentio in rem [Note f], also: wenn die Klage auf certa pecunia numerata gerichtet ist, Angabe des Gepräges [Note n] und der Zahl der Geldstücke; wenn sie auf eine certa res geht, Anführung des Namens oder der Eigenschaften: L. 6 D. de R. V. [6, 1] si vestimenta nostra esse, *vel dari nobis oportere* petamus, utrum numerum eorum dicere debebimus, an et colorem? et magis est, ut utrumque. L. 6 D. de reb. cred. [12, 1]. L. 2 D. de cond. trit. [13, 3]. [§. 165 hh]. Bei der intentio incerta fällt dieß weg, außer wenn eine solche Klage zugleich infamirt [§. 167 u]. R.)

genstandes, wodurch derselbe des Empfängers wird ex iure quiritium, also mit der Wirkung, daß er ihn durch jene in rem actio vindiciren kann.[i]) Der Gegenstand der Forderung, und damit die Intentio in personam hat also hier dieselbe Bestimmtheit, die er stets bei der intentio in rem hat. Die certa formula setzt mithin zweierlei voraus: 1) Die Forderung muß auf einen Gegenstand gerichtet sein, der möglicherweise Gegenstand jener Vindication werden kann, sei er eine Sache, res corporalis (bewegliche Sachen und italische Grundstücke), oder ein Recht, res incorporalis (usus, ususfructus, ius eundi u. s. f. — bei Rechten an Grundstücken werden ebenfalls italische vorausgesetzt;[k]) 2) die Forderung muß darauf gehen, daß der Gegenstand auch wirklich in die civilrechtliche Macht des Gläubigers gebracht, die Sache in das quiritische Eigenthum gegeben, die Servitut iure civile (z. B. durch in iure cessio) bestellt wurde.[l]) Daraus folgt auch, daß auf einen Gegenstand, der dem Kläger schon gehört, nicht mit der Intentio dare oportere

i) S. Marezoll, Zeitschrift für Civilr. und Civilpr. X. 8 §. 2 und Savigny, System des heut. R. R. V S. 516 Note i.* 589.

k) L. 19 D. de serv. praed. rust. (8, 3): — si omnes (iter ad communem fundum) stipulentur — singuli ex sociis sibi *dari oportere petere possunt*. — Die Klage auf Bestellung eines Rechts, welches nicht mit einer Vindication nach Jus civile, wenn auch vielleicht durch den Prätor mit gleicher Wirkung versehen ist, kann daher nie die Intentio si paret reum dare oportere erhalten. So die Klage auf Bestellung des Rechts der Superficies, des Rechts am Ager vectigalis, ferner auf Uebertragung des Eigenthums an einem Provincialgrundstück, oder auf Bestellung einer Servitut an einem solchen. Von diesem letzteren Fall verstehe ich L. 75 §. 3 D. de V. O. (45, 1): fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse, hoc enim magis iure utimur (materiell betrachtet müßte eigentlich der Gegenstand eben so gut certum sein, wie der Ususfructus an einem italischen Grundstück, vielleicht waren schon zu Ulpian's Zeit Einige geneigt, sich über den Unterschied wegzusetzen, er weist die Neuerung in den Schlußworten zurück). Die Compilatoren haben das Wort provincialis, wie überall, weggestrichen, da jene Unterscheidung der Grundstücke nicht mehr bestehen sollte. — Anders erklärt Savigny (System V S. 618. 629) die Sache, er nimmt nämlich an, daß in dem Ausdruck incerta stipulatio das Wort nicht dieselbe Bedeutung habe, obwohl er zugiebt, daß aus der incerta stipulatio fast immer auch eine incerta intentio entstanden sei. Ich glaube nicht, daß diese Aushülfe nöthig ist. (Vgl. jetzt Keller, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XV Num. 5 S. 147 Note 20. R.)

l) Wenn daher die Forderung auf Tradition einer res mancipi, oder bei Servituten nicht auf die civilrechtliche Bestellungsart, oder wenn sie überhaupt bei einer Sache nicht auf das Geben zum Eigenthum, sondern auf die Darstellung (exhibere), oder Ueberlieferung des Besitzes (reines tradere) geht, so kann die Intentio nie auf ein dare oportere lauten.

geklagt werden kann, da niemandem gegeben werden kann, was er schon hat. [m])

Die Intentio auf dare oportere ist von doppelter Art, je nachdem das Certum, auf das sie geht, eine Geldsumme oder ein anderer Gegenstand ist. 1) Auf eine bestimmte Geldsumme (pecunia certa credita signata forma publica populi romani) [n]) lautet sie: si paret N. N. Ao Ao sestertium x milia dare oportere, diese Klage hat die Auszeichnung, daß die Parteien einander eine Strafe versprechen, die den dritten Theil der eingeklagten Summe beträgt, und von dem Unterliegenden dem Sieger bezahlt werden muß (§. 157 Note g), eine Auszeichnung, welche der Klage für einen Kläger, der seiner Sache sicher ist, gegen einen bösen Schuldner einen wichtigen Vorzug giebt. 2) Auf einen andern bestimmten Gegenstand lautet sie: si paret N. N. A. A. tritici africi optimi centum modios dare oportere,[o]) oder si paret N. N. A. A. fundum tusculanum dare oportere,[p]) oder si paret N. N. A. A. iter per illum fundum ad illum fundum dare oportere (Note k), diese Klage hat jenen Vorzug der sponsio poenalis nicht. [q])

Wir gelangen zur Intentio auf ein incertum. Diese tritt in

---

m) Gai. IV. 14. — nec enim quod nostrum est, dari nobis potest, cum solum id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat. — Dieß hat eine Ausnahme, die von den römischen Juristen selbst als eine Anomalie dargestellt wird. Gegen den Dieb könnte eigentlich nur dann mit jener Intentio auf Ersatz geklagt werden, wenn die Sache nicht mehr existirte, also dadurch dem Bestohlenen das Eigenthum entzogen wäre. Dessen ungeachtet kann er, auch während er noch Eigenthümer ist, also vindiciren könnte, wenn er wollte, die Formel si paret eum dare oportere gebrauchen. Ueber den Grund dieser Anomalie s. Savigny, System V Beil. XIV. 15.

n) Lex rubria cap. 21. Dio Cass. LII. 30. (Fremdes Geld gilt als Waare: Volus. Maec. assis distributio 145. victoriatus enim, qui nunc tantundem valet, quantum quinarius, olim *ut* [Huschke] peregrinus nummus mercis loco — habebatur. R.)

o) L. 74. 75 §. 2 D. de V. O (45, 1.) *p*) L. 75 §. 10 eod.

q) Eine gemeinsame Bezeichnung aller Klagen auf ein certum ist petitio und petere; lex rubria c. 22. L. 1 pr. D. de S. C. Maced. (14, 6): der praktische Unterschied von den incertae formulae, den actiones, liegt, abgesehen von dem nur bei den certae möglichen in intentione plus petere [Gai. IV. 54], in dem Mangel einer Demonstratio in der Formel: die causa muß aus der Lex, dem Senatusconsult L. un D. de cond. ex lege (13, 2) L. 9 §. 1 D. de R. C. (12, 1) oder dem ius civile ergänzt werden. Vgl. unten Note dd. kk. §. 175 gg—ii. In den prätorischen Vindicationen, wo diese Ergänzung aus dem ius civile wegfällt, wird die causa in die Formel gesetzt. §. 233 Note c. u. §. 251 Note p. R.)

allen Fällen ein, wo der Gegenstand der Klage nicht die Bestimmtheit der oben beschriebenen Art hat (z. B. in den Note k und l aufgezählten Fällen). Was für das certum das Wort dare, so ist für den Ausdruck des incertum das Wort facere bestimmt.[r]) Dieser Ausdruck erhält seine volle Unbestimmtheit dadurch, daß er nicht einmal gegen das dare bestimmt abgegränzt ist, sondern auch dieses mit enthält (Note r), daher wird in der Formel dieses Wort damit verbunden: dare facere, es soll damit ausgedrückt werden, daß auch ein dare in der Forderung, die mit dieser Formel geltend gemacht wird, enthalten sein könne.[s]) Die Intentio lautet so: quidquid paret N. N. A. A. dare facere oportere. Schon aus dieser Fassung ergiebt sich ein bedeutender Unterschied der richterlichen Function bei dieser und bei der Klage auf dare. Bei der letzteren ist der Gegenstand, über den er zu urtheilen hat, bestimmt gegeben, und der Richter kann nicht über ihn hinausgehen; am allerbeschränktesten ist er bei der Klage auf certa pecunia, denn hier hat er nur zu untersuchen, ob der Beklagte diese Summe schuldig ist oder nicht, und hiernach ihn in diese Summe (nicht mehr und nicht weniger) zu condemniren oder zu absolviren, während er bei der Klage auf alia certa res im Fall der Condemnation wenigstens noch die Aufgabe hat, den Werth in Geld anzuschlagen (§. 166), wobei er aber auch nicht über die Berücksichtigung des bestimmten Gegenstands, wie er in der Intentio genannt ist, hinausgehen darf.[t]) Anders bei der

---

r) L. 175. 189. 218 D. de V. S. (50, 16.)

s) L. 53 pr. eod. So geht die Stipulation: tritici africi boni centum modios dare spondes? auf ein dare, aber da in dem Wort boni etwas unbestimmtes liegt (anders wenn es optimi hieße), so wird die Klage auf dare facere concipirt, Note o. Der Zusatz dare ist übrigens schon deswegen sehr natürlich, weil ja die Absicht des Klägers doch auf Condemnation des Beklagten geht, und diese stets auf eine Geldsumme geschieht.

t) Der Richter wird angewiesen quanti *ea res* est, tantam pecuniam zu condemniren, die Aestimation hängt davon ab, welchen Sinn das ea res hat, hier geht es auf den bestimmten Gegenstand, z. B. den Sclaven; dessen Werth hat der Richter zu ermitteln, nicht den durch individuelle Umstände veranlaßten Werth für den Kläger (nicht omne quod actoris interest). Z. B. A hat dem B durch Stipulation den Sclaven Stichus versprochen, darauf ist dieser Sclave von einem Dritten zum Erben eingesetzt worden. Wenn nun B klagt: sibi Stichum dare oportere, so erhält er durch den Richter den Werth des Sclaven, keineswegs überdieß den der Erbschaft, die er durch ihn erwerben könnte. Dagegen wurde es mit Grund für gerecht gehalten, wenn jene Klage gegen den Dieb angestellt wurde, eine Ausnahme zu machen, L. 3 D. de cond. furt. (13, 1):

incerta intentio; da sie nicht auf einen bestimmten Gegenstand geht, so ist auch der Richter in seiner Aestimation nicht an einen solchen gebunden, er ästimirt nicht eine bestimmte Sache (Note t), sondern quidquid dari fierive oportet, also den Werth, den dieses dare facere für den Kläger hat, und handelt es sich um Sachen, die in diesem quidquid etc. enthalten sind, so ist auch auf die damit verbundenen Vortheile, namentlich auf die Früchte Rücksicht zu nehmen, von der Zeit an, wo der Beklagte zur Herausgabe verbunden war. u) Es ist die Rede von Früchten vor dem Proceß, die Früchte post acceptum iudicium sind auch in der certa res enthalten, der Richter hat sie in seiner Aestimation auch bei der Klage auf dare oportere zu berücksichtigen. v)

Außer der Formel dare facere kommt noch eine andere vor, die ebenfalls incerta genannt werden kann, die aber offenbar nur bei einer sehr beschränkten Classe von Fällen stattfindet, z. B. si paret N. N. pro fure damnum decidere oportere. w)

Wann nun jede dieser verschiedenen Formeln: si paret sestertium x milia dare oportere — si paret fundum etc. dare oportere — quidquid paret dare facere oportere — si paret pro fure damnum decidere oportere — eintritt, das hängt von der Obligatio, welche geltend gemacht werden soll, und ihrem Gegenstand ab. x) Daher werden die Obligationen mit Hinsicht auf die dar-

---

man wollte dem Bestohlenen nicht weniger geben, als er mit der Vindication erlangen würde (s. Note m und Savigny, System V Beil. XIV. 16). Savigny a. a. O. Num. 33 ist geneigt, diese Ausnahme (die, wie mir scheint, als solche in der angeführten Stelle selbst angedeutet wird) zur Regel zu machen.

u) L. 4 pr. D. de usur. (22, 1), wo Papinian dieß als einen Vorzug der Klage auf ein incertum angiebt. Dagegen läßt Paulus eine Berechnung der Früchte auch bei der Klage auf certa res zu, wenn sie auf eine Sache angestellt wird, die dem Kläger gehörte, und ohne rechtlichen Grund in dem Vermögen des Beklagten sich befindet, L. 38 §. 1—3. 7 D. eod.

v) L. 38 §. 7 eod. S. §. 172.

w) Gai. IV. 37. 45. (Die Klage ex lege aquilia, welche Savigny und die erste Ausgabe hierher rechnen, war vielmehr eine auf dare oportere gerichtete condictio: L. 9 §. 1 de reb. cred. [12, 1]. Vgl. über die Stelle Rudorff, Zeitschr. für gesch. R. W. XIV S. 368 f. Bd. I §. 74 g] Collatio II c. 4 :i fatebitur iniuria occisum esse in simplum *ut condiceret*. [vgl. Huschke, Zeitschr. für gesch. R. W. XIII 33.] Daß sie dennoch regelmäßig actio legis aquiliae heißt, erklärt sich aus ihrer Richtung auf ein Incertum [vgl. Note dd. §. 167 vor f.]. R.)

x) So sagt Gaius IV. 53 a. E.: sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.

aus entspringenden Klagen eingetheilt in Obligationen ad dandum, faciendum, praestandum,[y]) und dieß wird auf die Intentio übertragen: in personam actio est — cum intendimus dare, facere, praestare oportere.[z]) Die Obligationen ad dandum entsprechen daher der Intentio auf dare oportere, die Obligationen ad faciendum der Intentio auf dare facere oportere, und Obligationen ad praestandum heißen die, bei denen die Intentio weder auf dare noch auf dare facere, sondern (was allein noch übrig ist, da keine Intentio mit dem Wort praestare vorkommt) auf damnum decidere, und wenn es noch andere Fassungen giebt, concipirt ist.[aa])

Am einfachsten bestimmt sich die Anwendung der Formel damnum decidere, sie bezieht sich ausschließlich auf Delictsobligationen aus dem Jus civile. Die übrigen Formeln: auf dare und dare fa-

---

y) L. 3 pr. D. de O. et A. (44, 7): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, vel servitutem nostram faciat (daher die Klage keine Intention auf meum esse hat), sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum (und hiernach richtet sich denn auch die intentio formulae). Vgl. Lex rubrta cap. **22.**

z) Gai. IV. 2, vgl. §. 1 I. de action. (4, 6.)

aa) Vielleicht rechneten die Römer auch die Obligationen, bei denen Klagen ohne besondere Intentio, namentlich formulae in factum conceptae (s. unten) stattfanden, unter die Obligationen ad praestandum; so scheint das dare, facere, praestare in L. 37 pr. D. de oper. lib. (38, 1) — aus der Lex Papia verstanden werden zu müssen. — Marezoll: über dare, facere und praestare als Gegenstand der Obligationen (s. Note i), welcher das dare im Ganzen richtig erklärt, hält irrig dare facere und facere für zwei besondere Classen von Intentionen, und die erste für identisch mit praestare. Aber eine Intentio auf bloßes facere giebt es nicht, die Intentio auf facere ist eben die auf dare facere. Damit fällt zugleich die ganze Erklärung, welche Marezoll von der Eintheilung gegeben hat (indem er dare und facere auf die stricti iuris, praestare auf die bonae fidei obligationes bezieht). Vgl. auch Savigny, System V Beil. XIV. 28. 29. (Andere Erklärungen geben: Huschke [Zeitschr. für gesch. R. W. XIII S. 249—254], — der das praestare auf die eventuellen Verpflichtungen hauptsächlich bei bonae fidei obligationes [Culpa, Interesse, Eviction] bezieht, aber keine intentio auf dare facere praestare oportere anerkennt und daher bei Gai. IV. 2 praestare in: adversarium ändert — und Rudorff [daselbst S. 187 Note g], welcher das praestare von der auf der Fides beruhenden Verpflichtung zur Sicherheitsbestellung [repromittere oder satis praestare] bei bonae fidei negotia [Cato de re rust. c. 146. dari fierique satisque dari — promittito satisque dato — Cic. pro Rosc. c. 4. — quantum aequius melius sit dari repromittive — L. 13 §. 24 D. de A. E. V. (19, 1) L. 38 pr. D. pro soc. (17, 2) L. 41 D. de iud. (5, 1)] und aus derselben [L. 31 D. de evict. (21, 2) vgl. mit Note x und y] versteht. R.)

cere oportere haben einen gemeinsamen Namen, sie heißen Condictionen.[bb]) Dieser Name stammt von der legis actio per condictionem, er ist sprachlich nicht passend, weil eine condictio, d. h. denuntiatio, an den Gegner bei diesen Formeln nicht vorkommt,[cc]) aber der Sache nach enthält die neuere Condictio dieselben Fälle, wie die alte. Nur enthält sie eine Classe von Fällen mehr, nämlich Klagen auf ein incertum (mit dare facere), während die alte nur auf ein certum (certa pecunia oder alia certa res) gieng (§. 162). Aber selbst diese ältere Beschränkung zeigt sich noch in dem neueren Sprachgebrauch, der wenigstens für die Klage aus der Stipulation den Namen condictio auf den Fall des certum (mit der Intentio auf dare oportere) einzuschränken geneigt war, und die Klage auf dare facere (aus einer Stipulation auf ein incertum) *actio* ex stipulatu nannte,[dd]) obwohl sie der Sache nach so gut eine Condictio ist, als eine andere, die ein incertum zum Gegenstand hat und auf dare facere concipirt wird, was auch bei der actio ex stipulatu der Fall ist.[ee]) So giebt es also sowohl eine certi als eine incerti condictio. Von diesen beiden Ausdrücken hat der letzte seine stets gleich gebliebene Bedeutung, er bezieht sich auf die formulae incertae mit der Intentio auf dare facere oportere (nur daß, wenn die Forderung auf Stipulationen beruht, statt condictio incerti der Name actio ex stipulatu gebraucht wird). Der erste dagegen hat sich in dem Sprachgebrauch der römischen Juristen auf eine Art der certae formulae zurückgezogen, die sich vor andern bedeutend auszeichnet (s. oben), nämlich auf die Forderung einer bestimmten Geldsumme, und diese Beschränkung gilt namentlich durchgängig für den

---

bb) Gai. IV. 5: appellantur — in personam vero actiones quibus dare fierive oportere intendimus, condictiones. Es sind also von dieser Bezeichnung ausgeschlossen 1) die Klage auf damnum decidere, 2) die formulae in factum conceptae (s. unten), die gar keine in ius concipirte Intentio haben, 3) die bonae fidei actiones (s. unten), die zwar auch auf dare facere concipirt sind, aber mit dem Zusatz ex fide bona.

cc) Gai. IV. 18.

dd) L. 24 D. de reb. cred. (12, 1): Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur. pr. I. de V. O. (3, 15): — ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta.

ee) Gai. IV. 136.

Ausdruck: si certum petetur.[ff]) So fällt also zwischen condictio certi oder si certum petetur (die der alten legis actio per condictionem ex lege silia entspricht) und der condictio incerti eine Classe aus: die Condictio auf alia certa res außer pecunia numerata (der alten condictio ex lege calpurnia entsprechend). Für diese Mittelclasse findet sich nun der Ausdruck condictio triticaria,[gg]) von dem es indessen nicht gewiß ist, ob er sich auf sie beschränkt, oder auch die condictio incerti in sich schließt; ich nehme das erste an.[hh])

So bestehen für die oben angegebenen drei Intentionen: si paret ss. x milia dare oportere — si paret tritici etc. centum modios (oder fundum, hominem etc.) dare oportere — quidquid dare facere oportet — drei kurze Bezeichnungen: condictio certi — condictio triticaria — condictio incerti. Die Begründung dieser Klagen, also die Beschaffenheit, welche die Obligatio haben muß, damit eine solche condictio daraus entstehe, gehört in die Darstellung des materiellen Rechts, wir werden in der Lehre von den Obligationen darauf zurückkommen.[ii]) Es ist eine ganze

---

ff) S. z. B. L. 9 D. de reb. cred. (12, 1) L. 1 D. de cond. trit. (13, 3.)

gg) Dig. XIII. 3: de condictione triticaria. Von allen andern Sachen steht das Getreide dem Geld am nächsten, dieß wäre eine materielle Erklärung des Namens, der aber wahrscheinlich noch eine ganz besondere historische Veranlassung hat.

hh) Dafür spricht theils der Name selbst, theils die Darstellung in den Stellen des angeführten Titels, so L. 1: Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur: si certum petetur, qui autem alias res, per triticariam condictionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere sive mensura constent, sive mobiles sint sive soli. Ich lege ein besonderes Gewicht auf die Worte per hanc actionem (formulam), die nicht wohl anders als von einer Formel erklärt werden können, nicht von zweien (si paret dare und si p. dare facere oportere). — Savigny (System V Beil. XIV. 39) bezieht den Namen auf die zwei Klagen, also auch auf die condictio incerti. Sein Grund ist der auf die vorher angeführten Worte folgende Satz: quare fundum quoque (also nicht bloß Getreide) per hanc actionem petimus *etsi* vectigalis sit (vgl. Note k). Ich glaube, Ulpian hat geschrieben *nisi* vectigalis sit, was von den Compilatoren, für welche der Unterschied seine Bedeutung verloren hatte, geändert worden ist. (Vgl. dagegen Arndts, Zeitschr. für Civilrecht und Proceß [1847] N. F. III. S. 279 Note 67. R.) Auch in L. 2 des Titels wird die condictio fundi, als ein Fall der triticaria, der condictio possessionis fundi, die incerti ist, gegenübergestellt.

ii) Dieser Punkt ist neuerdings von Savigny (System V Beil. XIV: die

Reihe von Geschäften, aber mit einem gemeinsamen Grundprincip, aus denen die condictio entspringt, die dann nach dem Gegenstand entweder certi, oder triticaria, oder incerti ist.[kk]) Unter diese Geschäfte gehört auch die Stipulation, und es hängt von der Fassung der Stipulation ab (ob sie certa oder incerta), welche jener Condictionen: certi, triticaria, oder incerti (die hier actio ex stipulatu heißt) stattfindet.[ll]) Zweifelhaft kann in dieser Beziehung der Fall einer Stipulation erscheinen, in welcher der Gegenstand nur der Gattung nach, oder alternativ bestimmt ist: hominem (nicht hominem Stichum) dare spondes? — decem aut hominem Stichum dare spondes? Keinen Anstand hat die Sache, wenn dem Kläger die Wahl zusteht, hier fordert er einen bestimmten Gegenstand, nach dessen Verschiedenheit seine Klage die condictio certi oder triticaria ist. Hat aber der Beklagte die Wahl, so entscheidet Ulpian sich dafür, daß die Stipulation incerta sei, die Klage daher auf dare facere gerichtet.[mm]) Eine andere Entscheidung könnte man bei Gaius (IV. 53) finden wollen: er sagt, wenn der Kläger auf eine solche Stipulation hin (wo der Schuldner die Wahl hat) eine

---

Condictionen) untersucht und so festgestellt worden, daß die Einsicht in das römische Obligationenrecht dadurch eine unberechenbare Hülfe gewonnen hat.

kk) Nicht eine einzelne Geschäftsform ist es, aus der die Condictio entsteht, daher sagt Ulpian L. 9 D. de reb. cred. (12, 1): certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, — damit wird aber natürlich nicht jede Schranke geläugnet, es ist doch nur ein gewisser Kreis von Geschäften, der die Condictio hervorbringt. Es war nur deshalb besonders hervorzuheben, weil die causa hier nicht, wie bei der actio ex stipulatu, in der Demonstratio genannt war — L. 24 D. de reb. cred. (12, 1) Note dd vgl. §. 167 d, — der Jurist giebt dem Richter eine Anweisung, die ihm nicht schon der Prätor in der Formel gab. Ein Mißverständniß ist es, wenn Manche (zuletzt Heimbach de certi condictione 1834, und Keller, Civilpr. §. 88 S. 387, wenigstens für die späteste Zeit des alten Processes. R.) daraus den Satz entnehmen, man habe beliebig aus jeder Obligatio, wenn man nur seine Forderung auf eine bestimmte Summe richtete, mit der certi condictio klagen können, z. B. auch aus der Societät, dem Mandat ꝛc., Geschäften, die ihrer Natur nach nicht auf ein certum gehen. Daß dieß nicht die Meinung Ulpian's ist, zeigt er sofort L. 9 §. 9 L. 10 eod., wo er beim Depositum von der Condictio spricht, aber nur für den Fall, wo es in ein Mutuum übergegangen ist. L. 28 §. 4 D. de iureiur. (12, 1) handelt von dem Fall, wenn über die dort erwähnten Contractsforderungen, wie es bei den Römern so häufig geschah, eine Stipulation oder ein Literalcontract errichtet worden war, unter andern eben um sich den Vortheil der certi condictio zu verschaffen.

ll) L. 74. 75 D. de V. O. (45 1) Gai. IV. 136.

mm) L. 75 §. 1. 8 D. de V. O. (45, 1.)

von beiden alternativ versprochenen Sachen, oder eine Species des Genus fordere, so sei dieß eine Pluspetition, darum wie die Stipulation müsse auch die Intentio gefaßt sein. Also könnte man denken, er meine eine Intention: si paret decem aut hominem Stichum dare oportere. In der That liegt dieß gar nicht in seiner Aeußerung; die Intentio muß der Stipulation gemäß sein, und dieß ist sie, wenn sie incerta ist, wo die Stipulation auf ein incertum geht. Gaius will nichts anderes sagen, als daß in jenen Fällen auf quidquid dare facere oportet geklagt werden muß.

Bei einer beträchtlichen Anzahl von Klagen aus Geschäften erhält die Intentio, die auf dare facere oportere geht, einen Zusatz, wodurch das Officium Judicis über seine regelmäßigen Gränzen hinaus erweitert wird. Es ist oben bemerkt worden, daß von Alters her den Richtern in gewissen Fällen eine freiere Beurtheilung der rechtlichen Verhältnisse unter den Parteien eingeräumt wurde, und daß sie hier arbitri hießen (§. 154), daß ferner zwei Classen von solchen arbitri zu unterscheiden sind. Dieses schon zur Zeit der Legis Actiones bestehende Recht (§. 162 u. A.) wurde auf das Formularverfahren übergetragen. Hier erhielt für die eine Classe von arbitria (von der andern wird unten bei der Condemnatio §. 166 die Rede sein) der Richter diese Stellung eines Arbiter durch den Zusatz zur Intentio, der ihn anweist, zu urtheilen, was nach billigem Recht und den wohlverstandenen Intentionen der Parteien die eine der andern zu leisten habe. Dieser Zusatz wurde nach Verschiedenheit der Fälle verschieden ausgedrückt,[nn]) späterhin wurde allgemein der Ausdruck ex fide bona gebraucht, so daß die Intentio lautete: quidquid (ob eam rem) Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona. Davon heißen diese Rechtssachen bonae fidei iudicia,[oo]) die Klagen bonae fidei actiones, die Obligationen, aus denen sie entspringen, bonae fidei obligationes.

---

nn) S. §. 154 bei Note h u. S. 38 ff. Noch Labeo und Proculus setzen bei der rei uxoriae actio die Fassung aequius melius, wie sie bei Cicero vorkommt, voraus, L. 66 §. 7 D. sol. mat. (24, 3) L. 82 D. de solut. (46, 3).

oo) Der Ausdruck arbitria ist in einer zweifachen Hinsicht weiter als bonae fidei iudicia: 1) begreift der letzte streng genommen nur die Fälle, wo die Worte ex fide bona gebraucht wurden, der erste auch die mit aequius melius u. s. f.; dieser Unterschied ist durch die Generalisirung jener Fassung irrelevant geworden; 2) der erste begreift auch die arbitrariae formulae (§. 166), die von den bonae fidei iudicia verschieden sind.

Aufgeführt werden als bonae fidei iudicia[pp]) die Judicia: fiduciae, ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, rei uxoriae, commodati, pigneraticium, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, de aestimato et ex permutatione.[qq])

So scheiden sich die Klagen aus Contracten oder diesen gleichstehenden Verhältnissen in zwei Classen: condictiones und bonae fidei actiones, jene werden in diesem Gegensatz, um ihren von den letzteren verschiedenen Charakter positiv hervorzuheben, zuweilen stricti iudicii oder stricti iuris actiones genannt.[rr]) Diese Eintheilung bezieht sich übrigens 1) nur auf die mit einer eigentlichen Intentio versehenen Formulä, nur diese können möglicherweise den Zusatz ex fide bona (der sich auf das oportere bezieht) erhalten, die formulae in factum conceptae (s. unten) sind davon ausgenommen; 2) nur auf die Formulä mit einer Intentio in personam (auf ein oportere, wie vorhin bemerkt worden), nicht auf die in rem actiones;[ss]) 3) nur auf die Klagen aus Rechtsgeschäften, die

---

pp) Gai. IV 62. §. 28 I. de action. (4, 6) Cic. de offic. III. 15. 17. (Etwas Anderes sind die actiones in bonum et aequum conceptae, in deren Formel die Worte quantum aequius melius oder bonum aequum iudici videbitur eingerückt werden, welche den Richter ermächtigen, die Entschädigungssumme nach einem ganz freien subjectiven Ermessen zu bestimmen [§. 154 Note q]. Von diesen Klagen gehören nur einige [rei uxoriae und pro socio, Cic. pro Rosc. com 4] zu den bonae fidei actiones, die übrigen [iniuriarum, de effusis, sepulcri violati, aus dem Edict der Aedilen wegen gefährlicher Thiere] sind anderer Natur. Vgl. Cuiac. obss. XXII. 15 und besonders Savigny, System II S. 93—96. R.)

qq) Vgl. Savigny, System V Beil. XIII: stricti iuris, bonae fidei actiones. Er unterscheidet in Beziehung auf das mehr oder weniger beschränkte Officium Judicis (und in Beziehung auf die Wahl des Richters, welche Ansicht oben §. 154 bei Note aa ff. bestritten worden ist) strenge Klagen (iudicia) und freie (arbitria). Zu den letzten rechnet er alle Klagen, die in dem magistratischen Recht ihren Ursprung haben (honorariae actiones), ferner von den civiles alle in rem actiones, sodann die bonae fidei actiones. Iudicia dagegen sind ihm nur die Condictionen und die civilrechtlichen Pönalklagen. Vgl. unten §. 166 Note u.

rr) §. 28. 30. I. de action. (4, 6) Marcian L. 5 §. 4 D. de in litem iur. (12, 3) Ulpian L. 3 §. 2 D. commod. (13, 6.) Vgl. Savigny, System V Beil. XIII. 1.

ss) Justinian's Institutionen setzen eine in rem actio, die hereditatis petitio, unter die bonae fidei iudicia, sie bemerken aber, daß es ungewiß gewesen sei, ob sie diese Eigenschaft habe, bis endlich der Kaiser diesen Zweifel durch

eben insofern sie eine Intentio jener Art haben, entweder condictiones oder bonae fidei actiones sind, nicht auf die Delictsklagen.

Während die Condictionen eine formula certa oder incerta haben können (s. oben), ist bei einer bonae fidei actio nur eine incerta formula (quidquid dare facere oportet) möglich, nur eine solche kann den Zusatz ex fide bona erhalten. Nicht alle incertae actiones sind bonae fidei, aber alle bonae fidei actiones sind incertae. Was die Bedeutung jenes Zusatzes anlangt (die schon oben §. 154 berührt worden ist, da sie sich auf das Officium Iudicis bezieht), und damit die Natur des Unterschieds zwischen bonae fidei actio und condictio oder stricti iuris actio (namentlich der condictio incerti, deren Formel bis auf jenen Zusatz mit der ersteren übereinstimmt), so wird ihre nähere Ausführung in ihren Folgen bei den einzelnen Punkten (theils des Verfahrens, theils des materiellen Rechts) zu geben sein, auf welche jene verschiedene Beschaffenheit des Iudiciums Einfluß hat. Eine allgemeine Bemerkung muß schon hier Platz finden. Das richterliche Officium kann weiter und enger sein 1) in Beziehung auf den Gegenstand, nach der dem Richter obliegenden Schätzung, den dabei zu nehmenden Rücksichten, und der Hinzunahme von Accessionen; in dieser Hinsicht hängt das Officium Iudicis davon ab, ob die Intentio certa, und zwar auf eine Geldsumme oder alia certa res, oder ob sie incerta ist (s. oben bei Note t ff.); darin liegt das Eigenthümliche der bonae fidei actio nicht (außer soweit auch der Umfang der Forderung von dem gleich zu erwähnenden zweiten Moment abhängt), sie hat mit der condictio incerti die incerta intentio und die daraus folgende Behandlung gemein; 2) in Beziehung auf die richterliche Beurtheilung von Recht und Unrecht, also ob und wieweit die Forderung des Klägers besteht, das »oportere« richtig ist; in diesem Punkt ist das Urtheil des Richters in b. f. iudicia freier als bei allen Condictionen; er ist es daher, der den unterscheidenden Charakter jener bildet. Der Richter soll dem folgen, was der über die

---

eine Constitution beseitigt habe (L. 12 C. de H. P. 3, 31.) Daraus eben geht hervor, daß sie kein wahres b. f. iudicium, bei dem jener Zusatz in die Formel kam, sein konnte. Die materielle Gleichstellung aber mit den b. f. actiones war deswegen möglich, weil die hereditatis petitio seit Hadrian zum Theil die Natur einer persönlichen Klage hat, indem sie auf praestationes personales geht, worüber das Nähere im Erbrecht vorkommen wird.

Schranken des Worts sich erhebende Gerechtigkeitsinn erheischt; es ist schon erinnert worden, daß das ex fide bona zu oportere zu ziehen ist.

Ein Zusatz anderer Art, den die Intentio haben kann, ist die **Fiction**, wodurch die Klage auf einen Fall erstreckt wird, für den sie ursprünglich nicht bestimmt war.[tt] Dadurch soll die Natur der Klage nicht verändert werden, der Richter erhält keine andere Stellung, er wird nur angewiesen, unter den in dem Zusatz ausgedrückten Voraussetzungen eben so zu urtheilen, wie wenn die eigentlichen Voraussetzungen der Klage existirten. Diese Fiction ist nur bei den mit einer wahren Intentio versehenen Formeln, aber sie ist eben so wohl bei einer Intentio in rem als in personam möglich. Ein Beispiel von der ersten ist die Formel der actio publiciana: Si quem hominem A. A. emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure quiritium esse oporteret —.[uu] Beispiele von der zweiten sind die Formel, mit welcher der prätorische Erbe gegen die Schuldner des Erblassers klagt: Si A. A. heres Lucii Titii esset, tum si paret N. N. A. A. ss. x. milia dare oportere, — und die Formel, womit gegen einen peregrinischen Dieb geklagt wird: Si paret ope consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret —. Solche Klagen heißen ficticiae actiones,[vv] es sind, wie Gaius sagt, actiones quae ad aliam actionem exprimuntur, und dieses Vorbild kann entweder eine legis actio sein oder eine andere. Ihnen werden die nicht auf eine solche Fiction gestützten, als actiones quae sua vi ac potestate constant, gegenübergestellt. An der ficticia actio lassen sich zwei Momente unterscheiden: das materielle, daß sie einer andern Klage nachgebildet ist und in einer Erweiterung derselben auf andere Fälle besteht,[ww])

---

tt) Vgl. Bd. 1 §. 80 S. 336 f. Die Hauptquelle für das Folgende ist Gai. IV. 10. 32—38.

uu) Man muß sich hüten, die Fiction mit der Demonstratio zu verwechseln, sie ist ein Theil der Intentio, welcher gerade in dem obigen Fall, so wie auch in dem folgenden, keine Demonstratio vorhergeht.

vv) Ulpian. XXVIII. 12.

ww) Mit dem Unterschied: bei der fictio legis actionis betrifft die Nachbildung bloß das Recht, nicht das Verfahren, bei den andern Fictionen auch das Verfahren. Dort war die Meinung nicht, daß so verfahren werden sollte, wie

und das formelle, daß diese Nachbildung in der Formel ausgedrückt ist. Dieses formelle Moment bezeichnet der Name ficticia actio, jenes materielle enthält die Bezeichnung als utilis actio, d. h. als eine Klage, die nur sofern sie eine Wirksamkeit (utilitas) über ihre ursprüngliche Anwendung hinaus hat. Im Gegensatz gegen die utiles werden die actiones, sofern sie in ihrer ursprünglichen Sphäre gebraucht werden, directae actiones genannt, der heres z. B. hat die Klage als directa, die der prätorische Erbe als utilis hat. Nun giebt es utiles actiones, bei denen das Verhältniß der Nachbildung nicht in den Worten der Formel selbst ausgedrückt wird, die also bloß materielle, nicht formelle Nachbildungen anderer Klagen sind, daher sind zwar alle ficticiae actiones utiles, aber nicht alle utiles sind ficticiae. In einer Hinsicht ist bei den utiles actiones ohne Fiction die materielle Nachbildung unvollkommener; da nämlich bei ihnen nicht die Intentio der directa herbeigezogen wird (was nur durch Fiction geschehen kann), so betrifft die Nachbildung nicht das Verfahren (vgl. Note ww). Dieß führt uns zuletzt noch auf eine eigenthümliche Fassung, welche die Formel einer Klage erhalten kann.

Die Formeln, welche eine Intentio der Art, wie sie bisher beschrieben und nach ihren verschiedenen Gestaltungen dargestellt worden ist, enthalten, heißen in ius conceptae, denn die Intentio ist der Ausdruck des Rechts, das dem Kläger nach ius civile zusteht, sie heißt daher intentio iuris civilis. Nun kommen aber viele Formeln vor, die eine solche Intentio nicht haben, worin also der Richter nicht angewiesen wird, zu untersuchen, ob dem Kläger der Gegenstand (iure civili) gehört, oder von dem Beklagten etwas (iure civili) geleistet werden muß, sondern: ob eine gewisse Thatsache richtig ist oder nicht, und hiernach entweder zu condemniren oder zu absolviren.[xx] Diese Formeln ohne »iuris contentio« heißen formulae

---

wenn die Legis Actio vorausgegangen wäre, dagegen z. B. bei dem zweiten der im Text gegebenen Beispiele galten dieselben processualischen Grundsätze wie wenn die Klage: si paret decem dare oportere von dem wirklichen heres angestellt worden wäre. — Schon deshalb ist die Behauptung Savigny's (System V S. 106. 480), keine honoraria actio sei stricti iuris, sehr einzuschränken. Jene Klage des prätorischen Erben ist eine prätorische (so gut als die Publiciana), und doch entschieden eine Condictio.

xx) (Es kommt also nicht auf ius und aequitas, sondern auf veritas an: lex agr. v. 39. sententia [sua id profecto quod] rei ioudicandae maxsume

in factum conceptae, die Klagen in factum actiones, z. B. si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, worauf sogleich die Condemnation folgt: recuperatores illum libertum illi patrono ss. x. m. condemnate, si non paret absolvite.[yy]) In diesen Formeln tritt an die Stelle der Demonstratio, der designatio rei de qua agitur[zz]) und der Intentio eine Bezeichnung des Factums, das dem Anspruch des Klägers zu Grunde liegt, ohne daß dieser Anspruch selbst besonders formulirt und behauptet wird. Diese Angabe des Factums, welche ebenfalls designatio rei de qua agitur genannt wird, ist

verum esse comperrit. Gai. IV. 126. L. 59 pr. §. 1 D. ad S. C. Treb. [36, 1] L. 13 §. 1 D. ad S. C. Vell. [16, 1] L. 13 §. 5 D. de pign. [20, 1] R.)

yy) Die Hauptstelle darüber ist Gai. IV. 45—47. 60. Vgl. L. 11 D. de praescr. verb. et in factum act. (19, 5.) Der Unterschied zwischen beiden Classen von Formeln ergiebt sich besonders aus den Fällen, wo (wie beim Depositum und Commodatum) der Prätor formulae in ius und in factum conceptae neben einander proponirt, die Gaius für das Depositum einander so gegenüberstellt:

In ius:	In factum:
— iudex esto. Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit,	— iudex esto. Si paret, A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse,
qua de re agitur,	
quidquid ob eam rem N. N. Ao Ao dare facere oportet ex fide bona,	
eius iudex N. N. Ao Ao condemnato nisi restituat, si non paret, absolvito.	quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N. Ao Ao condemnato s. n. p. a.

zz) (Diese Designatio, welche von der § 165 Note f. h. erwähnten zu unterscheiden ist, besteht eben in den Worten: qua de re *agitur*, d. h. „welche der Kläger meint." In der formula depositi in ius concepta wird die Designatio zwischen der Demonstratio und Intentio eingerückt, wie aus der Beschreibung bei Gai. IV. 60, verglichen mit der Formel in der vorigen Note hervorgeht; anderswo steht sie in der Intentio [§. 166 Note s], in der Fictio [lex rubria c. 20], in der Exceptio [§. 170 Note t] und kann demnach überall eingeschoben werden, wo der Kläger im Fall eines Mißverständnisses seiner Meinung vor der des Beklagten den Vorzug sichern will — Cic. pro Mur. c. 13, neque tamen quidquam iam anguste scriptum est, quo ego non possim *qua de re agitur* addere. Brut. c. 79 *qua de re agitur* autem illud quod multis locis in iurisconsultorum includitur formulis. So erklärt sich die Behandlung des Irrthums in den Formeln: L. 5 §. 5 D. de R. V. [6, 1] L. 83 §. 1 D. de V. O. [45, 1] — magis est, ut is petitus videatur, de quo *actor sensit* — [vgl. die Formel bei Varro de lingua lat. VII. 8 quam me sentio dixisse] L. 61 de iud. [5, 1.] Nur in die Person des Judex müssen beide consentiren, L. 80 eodem. — Savigny, System III §. 136 Note q. R.)

ihrem Inhalt nach der Demonstratio vergleichbar (abgesehen davon, daß sie nicht eine civilrechtliche Bezeichnung der Thatsache voraussetzt), in der Form aber (si paret) und in der Wirkung steht sie der intentio iuris civilis gleich, wie sie denn auch geradezu intentio genannt wird (§. 167 Note u §. 251 Note p). Auch die in factum actiones können utiles sein, ja sehr viele sind es,[aaa]) aber das Verhältniß der Nachbildung ist bei ihnen nicht ausdrücklich in der Formel niedergelegt. — Die Entstehung der formulae in factum conceptae muß daraus erklärt werden, daß Klagen gegeben werden sollten, wo eine intentio iuris civilis nicht, wenigstens nicht direct möglich war, weil der Anspruch, der geltend gemacht wurde, nicht das Jus civile zu seiner Grundlage hatte. Es giebt Fälle, wo die Magistrate Eigenthum, Jura, Obligationen anerkannten und garantirten, die nicht nach Jus civile bestanden, sondern eben nur tuitione praetoris, bei denen also der Kläger mit der Intentio si paret rem actoris esse (iure civili) oder si paret reum dare oportere (iure civili), sofort hätte von dem Richter abgewiesen werden müssen, den eine solche Intentio anwies, nach dem Jus civile die Zulässigkeit des Anspruchs zu prüfen. Einen Weg bot hier die Möglichkeit einer ficticia formula dar (s. oben). Eine Zeit lang mochte dieß als genügend erscheinen, aber es entstand das Bedürfniß neuer Klagen in Fällen, wo die Fictionen nicht ohne Zwang oder gar nicht abzuwenden waren. Wollte man der Fessel, welcher man durch Beseitigung der Legis Actio als ausschließlicher Klagform entronnen war, nicht wieder verfallen (der Gebrauch der Fiction im Formulargesetz hat eine Analogie mit der interpretatio prudentium bei den Legis Actiones, wodurch ebenfalls im Gesetz gegebene Klagen auf nicht im Gesetz ausdrücklich enthaltene Fälle übertragen wurden, s. Bd. I §. 78 S. 273 ff.), so mußte noch ein andrer Weg geöffnet werden, und dieser bestand eben in Formeln ohne intentio iuris. In der That war dazu von den ficticiae actiones nur ein kleiner Schritt. Betrachten wir nämlich die Formeln mit einer Fiction, so haben sie zwar eine intentio iuris civilis, aber doch schon getrübt durch die bloß bedingungsweise Gestalt, in der sie erscheint. Es ist keine wirkliche, sondern eine fingirte Intentio;

---

aaa) Z. B. actiones in factum accommodatae legi aquiliae, L. 11 D. de praescr. verb. (19, 5.)

die Intentio ist es, die fingirt wird, wie bei der andern Art der Fictionen die Legis Actio. Es war im Grunde schon die in factum actio, nur noch mit der Erinnerung an die iuris intentio, das Urtheil des Richters wurde von dem Befund einer Thatsache abhängig gemacht, nur noch außerdem auch von den Rechtssätzen, welche die Schlüssigkeit der iuris contentio bedingten. Man brauchte nur das letztere fallen zu lassen, und das Factum so auszudrücken, daß es allein schon die Momente, von denen die Entscheidung abhängt, vollständig enthielt, so hatte man die formula in factum concepta.

Es entsteht die Frage, wie sich diese in factum actiones zur Eintheilung in in personam und in rem actiones verhalten. Formell bezieht sich diese letztere nur auf die Formeln mit einer intentio iuris (s. oben), insofern, kann man sagen, gehören die formulae in factum conceptae weder zu der einen noch zu der andern Classe. Materiell aber erstreckt sich jene Eintheilung auch auf sie. So sind die in factum actiones, die aus Obligationen gegeben werden, personales actiones. Damit ist indessen noch nicht entschieden, ob der Prätor auch zum Schutz anderer Rechte in factum actiones gegeben hat, solche also, die zu den in rem actiones gezählt werden müßten. Der Anschein ist dagegen, die Structur der formulae in factum conceptae scheint recht eigentlich für persönliche Klagen eingerichtet, alle uns überlieferten Beispiele fallen unter diese Classe, für das prätorische Eigenthum war es entschieden eine ficticia actio, die der Prätor gab, und die in factum actiones, die zur Ergänzung der Vindication vorkommen, haben eine persönliche Richtung.[bbb]) Dennoch giebt es einige Fälle, wo wir kaum umhin können, anzunehmen, daß eine in rem actio in factum concipirt wurde, namentlich beim Pfandrecht (§. 251). Es läßt sich wohl behaupten, daß unsere Klagform zuerst bloß für obligatorische Verhältnisse gebraucht wurde, denen der Prätor Schutz verlieh, bei andern Rechtsverhältnissen blieb man zunächst bei dem Mittel der Fiction stehen, bis endlich hie und da ein dringendes Bedürfniß zwang, diese Schranke zu durchbrechen.

Wichtiger ist das Verhältniß zu der Eintheilung in stricti iuris

---

bbb) So die actio in factum gegen die Erben dessen, der meine Sache besessen und dolo aufgehört hat zu besitzen, die ausdrücklich der in rem actio entgegengesetzt wird, L. 52 D. de R. V. (6, 1.)

und bonae fidei actiones. Gewiß ist, daß die in factum actiones nicht zu den letzteren gehören, denn der Zusatz ex fide bona war bei ihnen gar nicht denkbar,[eee]) eben so wenig sind sie condictiones. Dieß schließt aber die Frage nicht aus, ob das officium iudicis bei ihnen nach der Analogie der einen oder der der andern zu bestimmen ist. Savigny hält sie allgemein für „freie Klagen", bei denen die Grundsätze von den bonae fidei actiones stillschweigend Anwendung gefunden hätten.[ddd]) Ich glaube, daß sich keine so allgemeine Regel aufstellen läßt, es wird von der Fassung der designatio rei abgehangen haben, welchen Spielraum das Officium Judicis hatte, und diese Fassung hinwieder wird durch den Charakter des Rechtsverhältnisses bestimmt worden sein. In einem wichtigen Punkt aber war meiner Meinung nach ein Unterschied aller in factum actiones von den bonae fidei iudicia, selbst derer, die aus denselben Rechtsverhältnissen gegeben wurden, aus denen auch bonae fidei actiones entsprangen (Note yy), nämlich in Beziehung auf die Nothwendigkeit, Exceptionen vor dem Prätor vorzubringen, und in die Formel setzen zu lassen. Der Grundsatz, daß diese Nothwendigkeit für die doli exceptio bei b. f. iudicia nicht besteht (§. 170), ist auf diese zu beschränken, er gilt nicht von den in factum actiones. Darin liegt ein Grund,[eee]) warum der Prätor in manchen Fällen neben der b. f. actio noch eine formula in factum proponirte, durch die Wahl dieser konnte der Kläger den Beklagten nöthigen, seine Exceptionen gleich vor dem Prätor anzubringen.[fff])

Von diesen prätorischen in factum actiones, welche den Namen von einer eigenthümlichen Bildung der Formel haben, sind durchaus zu unterscheiden gewisse civiles actiones, welche zuweilen auch (civiles) in factum actiones heißen, gewöhnlich: actiones praescriptis verbis.[ggg]) Mit diesen hat es folgende Bewandtniß. Bei

---

ccc) Savigny, System V §. 217 Note t. Beil. XIII. 6 Note a. b.

ddd) Savigny, System Beil. XIII. 6. 10. 18.

eee) Ueber einen anderen, der von geringerer Erheblichkeit ist, vgl. unten §. 219 und Savigny, System V. S. 84.

fff) In den zwei Beispielen, die Gaius giebt: Depositum und Commodatum, ist es einleuchtend, daß diese strengere Behandlung zum Vortheil des Klägers gerecht scheinen konnte.

ggg) In dem Titel der Digesten XIX. 5: de praescriptis verbis et in factum actionibus ist von beiden Classen der in factum actiones die Rede.

der incerta formula muß der Grund der Forderung ausgedrückt werden, weil sich erst dadurch das Maß derselben bestimmt, das quidquid *ob eam rem* dare facere oportet weist auf eine vorhergehende Bezeichnung des Grundes zurück. Diese Bezeichnung geschieht in einer Demonstratio (§. 164), wenn das Rechtsgeschäft, woraus die Forderung entsteht, einen eigenen civilrechtlichen Namen hat, wie z. B. Stipulation, Depositum, Emtio und Venditio u. s. f. Nun giebt es civilrechtlich wirksame Gründe von Obligationen, die keine solche bestimmte technische Benennung haben: contractus quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt.[hhh] Hier ist eine eigentliche Demonstratio nicht möglich, aber der Intentio wird ein ganz ähnlicher Satz vorausgeschickt, der nur nicht Demonstratio, sondern mit einem allgemeinen Ausdruck praescripta verba genannt wird.[iii] Zwei von diesen Klagen werden unter den bonae fidei actiones aufgezählt, damit stimmt zusammen, daß gerade diesen beiden in den Digesten besondere Titel gewidmet sind, was eine Eigenthümlichkeit, die sie vor den andern voraus hatten, andeutet.[kkk]

---

hhh) L. 3 D. h. t. Dieß schließt natürlich nicht aus, daß man eine Benennung für sie hat, wie bei der permutatio, bei dem aestimatum, nur muß sie nicht eine so zu sagen legalisirte sein.

iii) Actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat nennt sie Alexander L. 6 C. de transact. (2, 4.) — Die Klage heißt vorzugsweise incerti actio, z. B. L. 7 §. 2 D. de pactis (2, 14): — civilem incerti actionem id est praescriptis verbis — L. 23 D. comm. div. (10, 3): — actionem incerti civilem — L. 6 D. de praescr. verb. (19, 5): — civili intentione incerti — L. 16 pr. eod.: — civilem actionem incerti — Die Klage wird der condictio entgegengesetzt, L. 5 §. 2 D. eod.: — condici ei potest vel praescriptis verbis agi. Nun kommt in einer Stelle incerti condictione, id est praescriptis verbis vor, L. 19 §. 2 D. de precar. (43, 26.) Statt condictione hat die litera bononiensis *actione* (Savigny, System V S. 98 Note o); man möchte fast glauben, der Jurist habe incerti condictione geschrieben, und die Condictio der durch das Precarium überlieferten Possessio im Sinn gehabt, was sodann die Compilatoren durch den mit Hinsicht auf L. 2 §. 2 eod. gemachten Zusatz verfälscht haben.

kkk) Dig. XIX. 3: de aestimatoria. XIX. 4: de rerum permutatione; darauf folgt erst XIX. 5 der allgemeine Titel für die übrigen. — L. 2 § 2 D. de precar. (43, 26) sagt, daß die Klage ex bona fide *oritur*, woraus für die Eigenschaft als b. f. actio nichts folgt. Eben so wenig scheinen mir die von Savigny (System V Beil. XIII. 2 Note f) angeführten Gründe zu beweisen, daß alle actiones pr. verbis bonae fidei gewesen seien. Er selbst legt der Aufzählung der bonae fidei actiones in den Institutionen (s. oben Note qq) Autorität bei, diese würde noch nicht erheblich geschwächt, wenn allenfalls eine Klage

CLXVI. Ein dritter Bestandtheil von Formeln ist die Adjudicatio, wodurch der Richter angewiesen wird, jeder Partei zuzusprechen, was ihr von dem bisher gemeinschaftlichen Gegenstand gebührt. Die Fassung ist: quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato, was doppelt, für beide Parteien, in die Formel gesetzt wird. Diese pars formulae kann nur bei den Klagen vorkommen, die auf richterliche Theilung eines Gegenstands gerichtet sind; dieß ist der Fall bei der actio communi dividundo familiae erciscundae, finium regundorum.

Von weit umfassenderem Gebrauch ist die Condemnatio, welche mit Ausnahme einiger weniger (§. 167) in allen Formeln vorkommt. Sie besteht in der Anweisung an den Richter: zu condemniren oder zu absolviren: — condemnato, si non paret, absolvito.[a]) Die Condemnatio geht immer auf eine Geldsumme, welches auch der Gegenstand der Klage sein möge. Aber diese Summe kann bestimmt oder unbestimmt gelassen sein, und dieser Unterschied ist für die Function des Richters von größter Bedeutung.[b]) Die Condemnatio als Theil der Formel (also die Anweisung an den Richter, nicht das Urtheil dieses selbst, denn dieses muß immer auf eine bestimmte Geldsumme gehen) kann 1) condemnatio certae pecuniae sein: iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemna, si non paret, absolve. Hier hat der Richter keinen Einfluß auf den Umfang der Condemnation, eine Aenderung würde ihn verantwortlich machen; sowie er findet, daß der Beklagte dem Kläger diese Summe nicht schuldet, obgleich vielleicht nur um ein unbedeutendes weniger, so hat er ihn zu absolviren.[c]) Diese Fassung tritt bei den formulae in ius conceptae dann ein, wenn Intentio auf certa pecunia geht, also bei der certi condictio (§. 165), aber auch bei in factum actiones kann sie vorkommen, wenn sie auf eine bestimmte Strafe gehen.[d]) 2) In andern Fällen enthält die

---

ausgefallen wäre, was sollte man aber sagen, wenn statt der ganzen Gattung nur zwei Arten genannt würden?

a) Beides ist stets verbunden: condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur, Gai. IV. 43; hierauf bezieht sich auch L. 37 D. de R. I. (50, 17): Nemo qui condemnare potest, absolvere non potest. L. 3 D. de re iud. (42, 1.)

b) S. über das Folgende Gai. IV. 48—52.

c) Cic. pro Roscio com. 4.

d) Gai. IV. 46.

Formel eine condemnatio incertae pecuniae, bei den formulae in ius conceptae überall, wo die Intentio nicht auf certa pecunia geht, sondern entweder auf ein incertum, oder auf eine certa res außer pecunia numerata, denn auch hier muß der Richter den Gegenstand erst zu Geld anschlagen, um condemniren zu können, die Feststellung des Werths liegt in seinem Officium; ferner bei den in factum actiones, wenn die Forderung nicht auf eine bestimmte, unveränderliche Geldsumme gerichtet ist. Diese Condemnatio ist aber wieder von doppelter Art. Regelmäßig ist sie infinita, d. h. dem Richter ist für die Bestimmung der Größe keine andere Gränze, als die in der Sache liegende gegeben: quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N. N. Ao Ao c. s. n. p. a. oder: (quidquid dare facere oportet, eius) iudex N. N. A. A. c. s. n. p. a.[e]) Das Maß für den Richter giebt, wie die Worte der Formel zeigen, lediglich der Gegenstand der Forderung. Zuweilen indessen wird der Richter zwar nicht auf eine bestimmte Summe angewiesen, aber es wird ihm in der Formel ein Maximum gesetzt, welches er nicht überschreiten darf, dieß heißt condemnatio incertae pecuniae cum taxatione: iudex N. N. A. A. dumtaxat x milia condemna s. n. p. a. Hier soll der Richter nach Befinden in weniger condemniren, niemals aber in mehr; thut er dieß, so macht er sich eben so verantwortlich, wie wenn er eine condemnatio certae pecuniae überschritten hätte.[f]) Diese Taxatio geht von dem Kläger aus, welcher auf diese Art vor dem Prätor den Gegenstand seiner Forderung anschlägt, so bei der Injurienklage, wo er die ihm geschehene Injurie auf eine bestimmte Summe ästimirt[g]) und bei den Klagen auf eine Strafe, die sich nach dem Werth einer gewissen Sache richtet.[h]) Es kommt aber in manchen Formeln noch eine andere

e) Bei der Beschreibung der Condemnatio IV. 43 giebt Gaius für alle drei Arten Beispiele: decem milia (cond. certae pec.) — dumtaxat decem milia (s. nachher) — das letzte betrifft den obigen Fall: iudex N. N. A. A. condemnato et reliqua, ut non adiicialur —. Für den Schluß des Satzes würde der Sinn fordern: pecuniae summa, dieß ist unthunlich, da in der Handschrift nur für zwei Buchstaben Raum ist. Also wird Gaius statt des Abstractums das Concretum, die x m., als das nicht Beizufügende genannt haben.

f) Festus v. taxat: in litibus quoque (iudici) arbitrove cum proscribitur, quoad ei ius sit statuendi, taxatio dicitur, quae fit certae summae.

g) Gai. III. 224. Paulus in der collat. tl. 6.

h) So bei der Klage wegen Raubs auf das Vierfache der geraubten Sache.

Taxatio vor, die sich von der eben erwähnten dadurch unterscheidet, daß sie nicht eine Summe, sondern einen andern Gegenstand als Maß bezeichnet, über welches der Richter nicht hinausgehen soll. Diese Taxatio tritt ein, wenn der Beklagte nicht für das Ganze, was eigentlich Gegenstand der Klage ist, haften soll, sondern z. B. nur soweit er bereichert ist,[i]) ferner wenn der Vater oder Herr aus den Geschäften des Sohnes oder Sclaven belangt wird, soweit das Peculium reicht oder etwas in sein Vermögen gebracht worden ist.[k]) Diese Taxatio erwähnt weder Gaius bei der Condemnatio noch Festus. Huschke hält dieß für eine zufällige Weglassung.[l]) Aber sie gehörte auf keinen Fall in das System der Condemnationen, welches Gaius vorträgt, sie bildet so wenig eine besondere Classe derselben, als der Zusatz ex fide bona zur Intentio, der ebenfalls auf den Umfang der Condemnation Einfluß haben kann. Sie ist mit einem Wort nicht eine unmittelbare Modification der Condemnatio, sondern des Gegenstands der Forderung, und damit erst, also mittelbar, der Condemnatio.[m])

Was der Condemnation in der Formel vorausgeht, und namentlich die Intentio, ist die Bedingung desselben (*si paret* — condemna, *si non paret*, absolve). Zuweilen aber wird der Condemnation noch eine besondere Bedingung vorausschickt, wodurch der

---

Der Kläger schlägt den Werth dieser an, nimmt das Vierfache, der Prätor setzt diese Summe als Taxatio in die Formel, der Richter untersucht, ob oder wie viel weniger der Werth wirklich beträgt. Cic. pro Tull. 7. (Vgl. §. 167 b. R.)

i) L. 17 §. 1 D. de dolo malo (4, 3): haec actio in heredem et ceteros successores datur *dumtaxat* de eo quod ad eos pervenit.

k) So z. B. L. 57 D. de iudic. (5, 1): — transfertur iudicium in patrem *dumtaxat* de peculio et quod in rem eius versum est. L. 44 D. de pecul. (15, 1): si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum, et patrem *dumtaxat* de peculio. L. 24 §. 2 D. de act. emti (19, 1): — sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur. Noch andere Stellen s. bei Huschke in Imm. G. Huschke anal. lit. p. 264 sq.

l) Zimmern (röm. Civilpr. §. 56) nimmt demzufolge vier Stufen der Condemnation an: certae pecuniae, incertae cum taxatione certae pecuniae, incertae cum taxatione incerta, incertae infinita. Dieß ist schon deswegen falsch, weil jene zweite Art der Taxatio sich auch bei einer condemnatio certae pecuniae denken läßt. (Vgl. hiergegen Keller, Civilproceß §. 39 Note 465. R.)

m) Daher ihr das in solidum agere (oder etwa auch condemnare) gegenübersteht, welches keinen Gegensatz zur wahren condemnatio cum taxatione bildet.

Richter angewiesen wird, zu condemniren, wenn (unter Voraussetzung der Richtigkeit des klägerischen Anspruchs) der Beklagte nicht so, wie es der Richter dem Recht gemäß finden würde, leiste, namentlich restituire oder exhibire (eine Sache darstelle): nisi arbitratu iudicis rem restituat oder exhibeat oder solvat.[n]) Solche Formeln heißen arbitrariae formulae: sie bilden die zweite Classe von arbitria, deren oben (§. 154) gedacht worden ist. Der Richter wird dadurch angewiesen, wenn der Anspruch des Klägers gegründet befunden ist, zuerst ein arbitrium de re restituenda oder exhibenda, und damit dem Beklagten Gelegenheit zu geben, den Kläger durch die von diesem angesprochene Leistung zu befriedigen, so wie es der Richter arbitrirt, z. B. mit den Früchten der Sache, dem Interesse für und wider, mit Cautionen u. s. f. Erst wenn er diesem Arbitrium nicht nachkommt, wird er (in eine Geldsumme) condemnirt, thut er es, wird ebenfalls die Sentenz gefällt, aber absolutorisch. Eine solche Klage war z. B. die actio quod metus causa,[o]) die actio de dolo,[p]) die actio ad exhibendum,[q]) ferner die actio de eo quod certo loco, um bei einer stricti iuris obligatio an einem andern Ort zu klagen, als an dem die Leistung gefordert werden kann.[r]) Eine sehr häufige Anwendung hat die arbitraria formula bei Interdicten (§. 169), und noch mehr bei in rem actiones auf Restitution, wo sie nothwendig war, um dem Kläger

n) §. 31 I. de action. (4, 6.) Savigny, System V §. 221—223.

o) L. 14 §. 3. 4 D. quod metus c. (4, 2.) Das Edict, welches diese Klage giebt, spricht diese Eigenschaft durch den Zusatz aus: neque ea res arbitrio iudicis restituetur, L. 14 §. 11 eod.

p) L. 18 pr. D. de dolo m. (4, 3.)

q) L. 3 §. 13 D. ad exhib. (10, 4) §. 31 I. de action. (4, 6.)

r) Dig. XIII. 4: de eo quod certo loco dari oportet. S. §. 152 Note q. Savigny, System V §. 223 S. 132. (Richtiger ist dieses letztere arbitrium als ein Liquidationsverfahren [arbitrium liti aestimandae] aufzufassen, welches im Strafproceß [L. Acilia repet. v. 58. 59. Cic. pro Cluent. c. 41] wie in Civilsachen auf die condemnatio folgen mußte, so lange diese auf die Sache selbst gerichtet war. §. 157 f. §. 173 d. §. 179 t. Im Formularproceß, wo Geldcondemnation eintritt, ist die litis aestimatio zwar bei den Vindicationen in das Judicium hineingezogen [§. 232 n], in den Condictionen aber blieb sie eine abgesonderte Klage, diese Trennung tritt noch in den Pandecten [XIII, 3. 4] hervor, wenn der arbiter auf die örtliche Differenz der Geldcurse oder Getreidepreise Rücksicht nehmen soll. L. 3 D. de eo, [13, 4] §. 162 f. R.) Ueber die einzelnen arbitrariae actiones vgl. Zimmern, röm. Civilproc. §. 67. 68. Savigny §. 223.

die Möglichkeit zu verschaffen, auf dem Weg des Processes die Sache selbst zu bekommen, während er ohne das Arbitrium immer nur den Werth erhalten hätte, und auch diesen nicht mit Anschlag alles dessen, was ihm mit der Sache entgieng, und worauf der Richter als arbiter einzugehen volle Macht hatte. Sie ersetzte hier die Bestellung der arbitri: si quis vindiciam falsam tulerit (§. 154 Note e) zur Zeit der Legis Actiones.[s]) Eine discretionäre Macht des Richters in der Bestimmung der Art, wie der Beklagte seiner Pflicht nachzukommen, und in dem Ansatz des Werths, den er im entgegengesetzten Fall zu leisten habe, war eine wesentliche Folge seiner Eigenschaft als Arbiter, dieß ist es, was im justinianischen Recht, wo das eigenthümliche Verhältniß des Arbitrium zur Condemnatio weggefallen ist, vorzugsweise hervorgehoben wird. Wie verhalten sich zu den arbitrariae die bonae fidei actiones? Es ist eben bemerkt worden, daß beide die zwei Classen der arbitria bilden; daraus geht hervor, daß die arbitraria formula nicht auch bei b. f. iudicia Anwendung finden konnte, der Judex war hier schon durch den Zusatz ex fide bona Arbiter, und hatte die ganze Macht, die ihm die arbitraria formula hätte geben können, auch die, den Beklagten zu absolviren, wenn er vor der Sentenz den Kläger, wie es der Richter recht und billig fand, befriedigte (§. 172), die arbitraria formula wäre hier ohne Sinn gewesen. Diesem scheint nun die Formel der actio depositi entgegen zu sein, welche nach condemnatio die Worte nisi restituat hat.[t]) Aber schon dieser Ort des Zusatzes zeigt, daß er die Klage nicht zur arbitraria machte, sondern nur der Ausdruck eines sich von selbst verstehenden Satzes war. Zu dieser ausdrücklichen Einschärfung fand man sich aber in diesem Fall hinreichend veranlaßt, es handelte sich um eine Klage die den Condemnirten infamirte.[u])

---

s) Die arbitraria formula bei in rem actiones ist aus Cicero (Verr. II. 12) zu entnehmen: L. Octavius iudex esto. Si paret fundum capenatem quo de agitur ex iure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus (arbitratu iudicis) P. Servilio restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex ret.

t) S. §. 165 Note yy erste Formel, nach der glücklichen Auflösung der Siglen n r durch Huschke (Studien I S. 316) vgl. L. 1 §. 21 D. depos. (16, 3.)

u) Savigny a. a. O. hält dafür, daß bei jeder freien Klage (§. 165 Note qq), die auf Restitution oder Exhibition gieng, die arbitraria formula stattge-

Die Condemnatio ist endlich auch der Ort, wo der Name des Stellvertreters, wenn durch einen solchen der Proceß geführt werden soll, Platz findet (§. 156). Die Intention wird dadurch nicht verändert, sie wird auf die Person des Dominus gestellt, dessen Rechte ja geltend gemacht werden sollen, sowohl wenn ein Stellvertreter für den Kläger, als wenn er für den Beklagten (nämlich bei solchen Klagen, wo überall die Person des Beklagten in der Intentio vorkommt) auftritt. Die Condemnation aber wird auf die Person des Stellvertreters concipirt. r)

CLXVII. Die Zusammensetzung der Formeln aus den einzelnen Theilen geschah in der Ordnung, in der sie bisher erörtert worden sind. Aber es gab keine Formel, in welcher alle diese partes zusammen vorgekommen wären. a)

funden habe, namentlich auch bei bonae fidei iudicia. Meiner Meinung nach ist jenes Princip, wonach die Eigenschaft der Klage als einer freien über die Zulässigkeit der arbitraria formula entscheiden soll, deswegen unrichtig, weil vielmehr umgekehrt erst die Anwendung der arbitraria formula die Klage zu einer „freien", einem Arbitrium macht. So ist die in rem actio an sich kein arbitrium, sie wird es aber durch jene Formel. Arbitria werden Klagen überhaupt auf doppelte Weise, entweder durch den Zusatz: ex fide bona (aequius melius u. s. f.), oder durch den Zusatz: nisi arbitratu iudicis etc. Also ist die Eigenschaft, arbitrium zu sein, die Wirkung, nicht die Ursache der arbitraria formula. Und die Ursache hinwieder, warum gewisse Klagen durch diese Formeln (bonae fidei und arbitraria) zu arbitria gemacht werden, liegt in der Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse, aus denen sie entspringen, und die eine freiere Behandlung, ein freieres Officium des Richters fordern.

r) Gai. IV. 86. 87. Beispiel für einen Stellvertreter des Klägers: si paret N. N. Publio Mevio (dem Dominus) ss. x milia dare oportere, iudex N. N. Lucio Titio (dem Stellvertreter) ss. x m. condemna s. n. p. a. Für den Beklagten: si paret Publium Mevium Ao Ao ss. x m. dare oportere, iudex Lucium Titium A. A. ss. x m. condemna etc. — Cicero (Verr. II. 12) scheint die Formel si paret fundum ex iure quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur etc. (also die Formel, wie sie gegeben wurde, wenn Catulus als Stellvertreter des Servilius klagte) für eine unerhörte auszugeben, während sie doch gewiß schon zu seiner Zeit bei Stellvertretern (und so auch bei der rutiliana actio, Gai. IV. 35) täglich vorkam. Er meint aber nur ihre Anwendung außer diesen Verhältnissen durch einen gewissenlosen Prätor, wie Verres.

a) Gai. IV. 44: Non tamen istae omnes partes simul inveniuntur, sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. Nichts scheint mir gewisser, als daß der von Göschen (gegen die Handschrift) gemachte Zusatz non tamen *semper* unrichtig ist. Dieß folgt schon aus dem Nachsatz: sed quaedam etc., der das semper schlechterdings ausschließt. Sodann könnten die Klagen,

Die Demonstratio hat eine ziemlich beschränkte Anwendung, sie kommt nur bei persönlichen Klagen vor, [b] und zwar solchen, die in ius conceptae sind (§. 165 nach Note yy), auch hier nur bei einer intentio incerta, also nicht bei Petitionen (§. 165 Note c), endlich bloß insofern das Geschäft, aus dem geklagt und das in ihr genannt werden soll, ein civile nomen hat, außerdem wird sie durch praescripta verba ersetzt (§. 165 a. E.). Ueber die zwei letzten Punkte ist noch Einiges zu sagen. Nur einer intentio incerta kann eine Demonstratio vorausgehen; damit stimmen alle Beispiele von Demonstrationen, die wir besitzen, überein, es wird bestätigt durch die Beispiele von certae formulae, die ohne Demonstratio sind, [c] und durch den innern Grund, daß dort allein ein Bedürfniß eintrat, da ohne Demonstration das quidquid dare facere oportet alles Sinns und Halts entbehrt hätte, während das si paret centum oder fundum dare oportere in sich sein Maß trägt und die Entstehung der Condictio (ob aus einer adnumeratio, stipulatio u. s. f.) für die Natur der Forderung gleichgültig ist. Allerdings aber ist es dem Kläger nicht verwehrt, in die Intentio den Grund der Forderung zu setzen, wenn er sich auf diese Weise beschränken will. [d])

---

in denen alle Theile zusammen vorkommen, möglicherweise nur die drei Theilungsklagen sein, wie inept aber wäre es, zu sagen: sie finden sich nicht immer beisammen, wenn sie nur in dreien von den unzähligen Formeln, die es giebt, sich beisammen finden.

b) In den dinglichen Klagformeln, die wir haben, steht keine Demonstratio: Cic. Verr. II. 12 (§. 166 Note s) Gai. IV. 34. 36 (es ist schon §. 165 Note uu erinnert worden, daß die Fiction nicht für eine Demonstration gehalten werden darf). In der That hätte sie bei in rem actiones eine ganz überflüssige Rolle gehabt.

c) Gai. IV. 34. Daher behandelt Cicero in der Rede pro Roscio com. es als ungewiß, aus welchem Geschäft die Klage auf certa pecunia angestellt sei, was bei der Beifügung einer Demonstratio undenkbar wäre. Auch beginnt die Fassung der certa intentio mit den Worten si paret, vor denen eine Demonstratio außer allem Zusammenhang stehen würde.

d) Gai. IV. 55: — si quis ex testamento dare sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur —. (Nicht hieher gehört Quintil. inst orat. IV. 2: — certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento — denn er spricht nicht von der Klagformel, sondern von der Narratio des Redners, die zuweilen so einfach sei, daß sie mehr eine bloße propositio genannt werden müsse.) — Eine Beschränkung liegt darin, insofern der Kläger nun nicht mit dem Beweis eines andern Klaggrundes zugelassen wird, aber es schadet ihm auch nichts in Beziehung auf eine wiederholte Klage aus einem andern Obligationsgrund, ja es kann ihm vortheilhaft sein, insofern

Auf dieselbe Art, könnte man denken, habe auch bei den in rem actiones die Erwähnung des Erwerbsgrundes (z. B. bei der rei vindicatio die der Mancipation, Usucapion ꝛc., bei der hereditatis petitio die des Testaments oder der Intestaterbfolge) in der Intentio vorkommen können, aber es findet sich keine Spur davon,[e]) und diese Erwähnung wäre denn auch eine Unklugheit gewesen; sie hätte den Kläger beschränkt, ohne ihm die Aussicht zu lassen, wegen eines andern Erwerbsgrundes die Klage noch einmal anzustellen (§. 175 a. E.). Bei Delictsklagen kommt nur in so weit eine Demonstratio vor, als sie in ius oder in bonum et aequum conceptae sind, z. B. quod N. N. Stichum, cum is Ai Ai ex iure quiritium esset, iniuria se occidisse fassus est, quantam pecuniam ob eam rem N. N. Ao Ao ex lege aquilia dare oportet, oder quod Auli Agerii mala Numerii Negidii pugno percussa est, oder quod Numerius Negidius sibilum inmisit Aulo Agerio infamandi causa[f]), oder si paret ope consiliove N. N. furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem N. N. pro fure damnum decidere oportet;[g]) soweit sie in factum componirt waren, wurde die nöthige Designation in die Intentio aufgenommen.[h]) — Die Demonstratio steht nie allein, und zwar ist es eine Intentio der oben bezeichneten Art,

---

dadurch constatirt wird, daß der Obligationsgrund, den er bei der späteren Klage vorbringt, nicht schon bei dem vorhergehenden Proceß dem Richter vorgelegt war, ihm also nicht die res iudicata entgegensteht, während ohne jene expressa causa zwar für einen damals nicht gebrauchten Grund dasselbe gilt, aber eben die Entscheidung der Frage, ob er nicht schon damals gebraucht worden, ungewiß sein kann. Vgl. §. 175 a. E.

e) L. 11 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2): — quae unam tantum causam egit rupti testamenti — ist nicht von der Formula zu verstehen, so wenig als L. 11 §. 2 eod.: si quis autem petat fundum suum esse eo quod Titius eum sibi tradiderit —. In der That nahm einer solchen Erwähnung in der Intentio das „ex iure quiritium" den Platz weg. Bei der in rem actio sponsionem mag sie zulässig gewesen sein, wenn der Beklagte zustimmte.

f) Collatio II, 6 §. 4. 5 Gai. IV. 60. (In der ersten Ausgabe war die Demonstratio bei Delictsklagen ganz abgeläugnet worden. R.)

g) Gai. IV. 37. Diese Formel ließ sich dann sofort auch auf die actio noxalis (wo diese ex lege stattfand) anwenden: si paret ope consiliove Stichi servi f. f. e. p. a., quam ob rem Lucium Titium p. f. d. d. o. etc.

h) z. B. in der actio vi bonorum raptorum: quantae pecuniae paret dolo malo familiae Ni Ni vi hominibus armatis coactisve damnum factum esse Ao Ao dumtaxat sestertium tot milium, tantae pecuniae quadruplum recuperatores N. N. Ao Ao c. s. n. p. a. Keller, sem. I, 3 (1851) p. 596. R.)

mit der sie in wesentlicher Verbindung steht, und zu welcher sie die Einleitung bildet.

Die Intentio steht in allen formulae in ius conceptae, die formulae in factum conceptae haben statt ihrer eine designatio rei, die aber ihre Stelle vollkommen vertritt, sie ist nur nicht eine intentio iuris, aber eine intentio facti zu nennen. Eine besondere Bewandtniß hat es mit den Theilungsklagen. Diese haben eine doppelte Intentio. Die eine ist mit der Adjudicatio verbunden: *quantum adiudicari oportet (ex bono et aequo)*, iudex Titio adiudicato. [i]) Dieß wurde für den andern Theil eben so wiederholt. Aber diese Klagen gehen nicht bloß auf Theilung (worauf die Adjudicatio sich bezieht), sondern auch auf praestationes personales, zu denen ein Theilhaber dem andern zu condemniren, oder von denen er zu absolviren ist. Sie enthalten daher noch eine zweite Intentio, welcher eine Condemnatio folgte, etwa: tum quidquid ob eam rem alterutrum alteri dare facere oportet ex fide bona, eius iudex alterum alteri condemnato s. n. p. a. Von diesen zwei Intentionen ist die erste, mit der Adjudicatio verbundene in rem concipirt, da der Gegner nicht genannt ist; die andere, welcher die Condemnatio folgt, in personam. [k])

---

i) Gai. IV. 42. Der Zusatz ex bono et aequo findet sich in §. 20 I. de action. (4, 6.) Vorhergieng, wie ich glaube, nur eine Bezeichnung des Gegenstands mit den Worten: de fundo quo de agitur (Heffter, ad Gai. comment IV p. 59 glaubt: eine Demonstratio, worin die communio rei ausgedrückt war). (Vgl. über die Formel im Ganzen Keller, C. Pr. §. 40 Note 458, der für Titio mit Recht alteri ab altero setzt. Dernburg, Compensation §. 10 läßt in der Erbtheilungsformel die Erwähnung der bona fides oder das aequum bonum weg, die hier gewiß am wenigsten fehlen durfte. R.)

k) Dieß war in der Quelle enthalten, aus der §. 20 I. de action. (4, 6) geschöpft ist: quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam, qualis est familiae erciscundae actio etc. Diese Bemerkung hat für das justinianische Recht keinen Sinn mehr, denn in materieller Rücksicht, die für dieses Recht allein übrig geblieben ist, sind jene Klagen rein persönliche, sie entspringen aus einer Obligatio, die zwar ihrerseits aus der Gemeinschaft eines andern Rechts (Miteigenthum, Miterbrecht) entsteht, über das aber mit jenen Klagen nicht gestritten werden kann (nur in einem seltnen Fall wird dieser Streit um das Erbrecht, das Eigenthum, auf den die Klagen gar nicht berechnet sind, mit aufgenommen, L. 1 § 1 D. fam. erc. 10, 2). Eine eigenthümliche Natur allerdings hat eine der Theilungsklagen, die actio finium regundorum, der man in der That eine mixta causa auch materiell zuschreiben kann, aber diese ist eben darum nicht in dem vollkommenen Sinn eine Theilungsklage, wie die beiden andern (§. 234), und ihre Formel ist

Die Intentio ist zugleich die einzige pars formulae, welche allein stehen kann. Es giebt nämlich Formeln, die bloß aus einer intentio bestehen, die praeiudiciales formulae, praeiudicia. Dieß sind die Klagen, auf welche der Richter lediglich über die Existenz einer rechtlichen Thatsache entscheiden soll, ohne den Beklagten zu condemniren, z. B. ob der Gläubiger den sponsores oder fidepromissores, die sich ihm verpflichtet haben, die Mittheilungen gemacht hat, die ihm gesetzlich obliegen: [l]) wie hoch eine gewisse Dos sich belaufe; ob jemand Freigelassener sei; [m]) ob Kind dieses Mannes; [n]) ob frei. [o]) Der Proceß ist ein praeiudicium, insofern dadurch eine Frage entschieden werden soll, welche die Grundlage für einen folgenden Proceß bilden wird oder kann. Die praeiudicia werden daher auch der actio im eigentlichen Sinn gegenübergestellt, wiewohl sie dieser Ausdruck im weiteren Sinn begreift. [p]) Die Intentio ist bei ihnen stets in rem, d. h. ohne Nennung des Beklagten concipirt.

Die Condemnatio kommt in allen Formeln außer den praeiudiciales vor; sie ist aber nicht alleinstehend denkbar, sondern es gehen ihr stets die andern Theile der Formel, aus denen sie erst ihre Bedeutung zieht, voraus. [q])

Die Formel wird von dem Prätor nach den dafür bestehenden Regeln verfaßt, die von der Willkühr des Klägers unabhängig sind. Dagegen erhält sie ihren besondern Inhalt durch die Anträge der

---

ohne Zweifel auch anders (nämlich mit einer vorausgehenden Anweisung auf Ermittelung der wahren Gränzen) concipirt worden, L. 2 §. 1 D. fin. reg. (10, 1.) -- In einem ganz andern Sinn werden diese Klagen von Ulpian L. 37 §. 1 D. de O. et A. (44, 7) mixtae actiones genannt, nämlich weil beide Parteien die Stellung des Klägers einnehmen, vgl. §. 175.

l) Gai. III. 123.

m) Gai. IV, 44. L. 8 §. 1 D. de in ius voc. (2, 4.)

n) L. 3 §. 2 D. de agnosc. lib. (25, 3.)

o) §. 13 I. de action. (4, 6.)

p) L. 35 §. 2 D. de procur. (3, 3) L. 37 pr. D. de O. et A. (44, 7.)

q) So wie mit dieser Behauptung nicht gemeint ist, daß alle andern Theile zusammen vorausgehen müßten, eben so ist die Meinung des Gaius IV. 44: — Item condemnatio sine demonstratione vel intentione vel adiudicatione nullas vires habet — nicht die, daß jeder dieser Theile allein der Condemnatio Kraft geben könne. Wie im Text die Conjunction, so ist bei Gaius die Disjunction nicht streng zu verstehen. Es giebt keine Formeln mit bloßer Demonstratio und Condemnatio, und bloßer Adjudicatio und Condemnatio, wohl aber mit bloßer Intentio und Condemnatio.

Parteien, und so namentlich, wovon hier zunächst die Rede ist, des Klägers. Ein Fehler, den er dabei begeht, ist zuweilen unschädlich, zuweilen kann er sein Recht in Gefahr bringen. Der Hauptfall ist eine Zuvielforderung, pluris petitio. r) Diese ist auf vierfache Art möglich; zuviel fordert 1) re, wer eine größere Summe oder einen größeren Theil des Gegenstandes fordert, als ihm gebührt; 2) tempore, wer früher, 3) loco, wer an einem andern Ort fordert, als der Beklagte zu leisten hat, 4) causa, wer sonst die Gebühr überschreitet, z. B. während seine Forderung auf einen nur der Gattung nach bestimmten Gegenstand gerichtet ist und der Beklagte die Wahl hat ein bestimmtes Individuum dieser Gattung fordert.

Die Wirkung der Pluspetition hängt davon ab, in welchem Theil der Formel sie geschehen ist. In der Intentio hat sie die Folge, daß der Kläger abgewiesen wird und nicht wieder klagen kann (rem perdit, causa cadit), da die Klage in iudicium deducirt und dadurch consumirt ist (§. 172). s) Daher schadet es nicht, wenn er nicht sowohl mehr als vielmehr etwas ganz anderes gefordert hat, weil er hier die ihm zuständige Klage gar nicht in iudicium deducirt hat, mithin an ihrer künftigen Anstellung nicht gehindert. In einer incerta intentio ferner ist eine Zuvielforderung schon factisch unmöglich, weil der Kläger hier stets nur fordert, was ihm gebührt, ohne es näher zu bestimmen. Das bisher Bemerkte gilt auch für in factum actiones, wenn in die Designation mehr als recht gesetzt wird, eben weil dieser Theil der formula in factum concepta als Intention gilt. Umgekehrt, wenn zu wenig intendirt ist, kann wegen des übrigen später wieder geklagt werden, nur nicht während derselben Prätur, da der Beklagte in diesem Fall die exceptio litis dividuae hat. Wie dieser hier gegen eine willkührliche Trennung desselben Rechtsstreits, wenigstens gegen die nächste ihm daraus erwachsende Unbequemlichkeit in Schutz genommen wird, so auch, wenn der Kläger in böslicher Absicht eine von mehreren Klagen gegen ihn anbringt, die andern verschiebt, auch hier steht diesen letz-

r) Gai. IV. 53—50. §. 33 I. de action. (4, 6.)

s) Vgl. auch Cic. de orat. I. 37. Eben so war es zur Zeit der Legis Actiones, Cic. l. c. 36. (Paul. ex Festo v. litis cecidisse dicitur, qui eius rei, de qua agebat, causam amisit. R.)

teren innerhalb derselben Prätur eine exceptio litis residuae entgegen. [t])

Wenn in die Condemnation eine höhere Summe als sich gebührt gesetzt worden ist, so schadet dieß dem Kläger nicht, vielmehr würde es ihm Vortheil bringen, da der Beklagte streng genommen in das Mehr condemnirt werden müßte. Aber dieser erhält durch In integrum Restitutio eine Rectification der Formel. Nicht so der Kläger, wenn er zu wenig in die Condemnation hat setzen lassen, er wäre denn ein Minderjähriger. Hier gilt also der umgekehrte Satz von dem bei der Intentio gegebenen: das Zuviel schadet dem Kläger nicht, wohl aber das Zuwenig.

In der Demonstratio endlich hat das Zuviel oder Zuwenig keinen Einfluß, das Versehen wird von dem Judex, ohne daß es einer In integrum Restitutio, also der Mitwirkung des Prätors bedarf, rectificirt: falsa demonstratio non nocet. [u]) Manche Juristen behaupteten eine Ausnahme bei solchen Klagen, wo der Verurtheilte infamis werde: ein Depositar z. B. hat sich belangen lassen, weil der Kläger zwei Sachen bei ihm deponirt zu haben behauptet, statt einer, wie es der Wahrheit gemäß ist; soll er nun infam werden, dadurch daß der Richter ihn allein wegen der einen condemnirt, welche zu erstatten er bereit gewesen wäre, wenn der Kläger sein Verlangen auf sie beschränkt hätte? fordert nicht vielmehr die Gerechtigkeit, daß der Richter den Kläger, der mit einer der Ehre seines Gegners so nahe tretenden Klage so leichtfertig umgegangen ist, abweise? [v]) Die herrschende Ansicht verwarf diese Ausnahme (wenig-

---

t) Gai. IV. 122.

u) (Dernburg, Verh. der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen [1852] S. 27 N. 3 erinnert mit Recht, daß Gaius 4, §. 6 von dieser Rectificirung nichts weiß, vielmehr ohne vollständige Erwähnung des Rechtsverhältnisses in der Demonstratio die Klage zwar nicht gefährdet, aber auch ohne Wirkung ist; sonst hätte es auch keiner Präscriptio, sondern nur des Weglassens eines Theils in der Demonstratio bedurft, welches letztere doch nach Gai. 4, 59. L. 17 §. 4 D. commod. [13, 6] L. 29 pr. L. 86 D. de V. O. 45, 1 nur dann zulässig ist, wenn verschiedene Gegenstände, ohne ein Ganzes zu bilden, in demselben Contract zusammengefaßt sind. R.)

v) (Bei diesen Klagen nämlich verlangt der Prätor eine genaue Angabe des Factums in dem Entwurf der Demonstratio oder was deren Stelle vertritt: so in der actio depositi: L. 1 §. 40. 41. depositi [16, 3]; iniuriarum: L. 7 pr. D. de iniur. [17, 10.] Collatio II. 6. 1 [qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriae factum sit]; furti: L. 19 pr. — §. 5 L. 52 §. 25 D.

stens für die actio depositi in ius concepta), da es für den Beklagten, wenn er nur wirklich bereit war, ohne Proceß zu leisten, was der Kläger in Wahrheit zu fordern hatte, andere Mittel gab, dem ihm nachtheiligen Urtheil zu entgehen. [w]) Etwas anderes ist ein falsche Bezeichnung des Factums bei einer formula in factum concepta, diese schadet dem Kläger, da hier die Bezeichnung des Factums als Intentio gilt. [x])

cc) Sponsiones.

CLXVIII. Stipulationen (Rechtsgeschäfte in Frage und Antwort, wodurch eine Person einer andern sich, unbedingt oder bedingt, zu etwas verpflichtet) beruhen gewöhnlich auf Uebereinkunft der Parteien, unter denen sie vorgenommen, und sodann, wenn der dadurch Verpflichtete nicht erfüllt, Grund einer Klage (je nach ihrem Inhalt: condictio certi, triticaria, actio ex stipulatu §. 165) werden; diese heißen stipulationes conventionales. Zuweilen kann aber auch der Judex zu einer solchen anhalten, stipulationes iudiciales z. B. wenn er bei den arbitrariae formulae dem Beklagten aufgiebt, die Restitution der Sache zu versprechen, und ihn um diesen Preis absolvirt. Endlich hält in vielen Fällen der Prätor zu Stipulationen an, stipulationes praetoriae, die auf sein Gebot eine Partei der andern leisten muß. [a]) Von diesen letzteren ist hier die Rede, sie sind ihrem Zweck nach verschieden; [b]) eine Classe derselben bezieht sich auf die Formulirung des Processes, und diese ist es, von der an diesem Ort gehandelt werden soll. Solche Stipulationen heißen sponsiones, insofern sie durch die Worte spondes? spondeo gemacht werden, und dieß ist bei den prätorischen Stipulationen der Fall, wenn beide Parteien römische Bürger sind.

Der Proceß kann durch eine Sponsion eingeleitet werden, welche der Prätor den Parteien auflegt. Der unter ihnen bestrittene Anspruch wird zum Gegenstand der Stipulation gemacht, das Recht des Klägers (oder die Thatsachen, von denen es abhängt) ist die Be-

---

de furt. [47, 2] Paul. II. 31, 22; doli: L. 16 de dolo [4, 3], wahrscheinlich auch tutelae: Cic. de or. I. 36. R.)

w) Vgl. §. 172 (absolutoria iudicia).

x) (Dieser Ansicht war Gai. IV. 60. R.)

a) L. 5 pr. D. de V. O. (45, 1.)

b) Dig. XLVI. 5: de stipulationibus praetoriis

dingung des Versprechens von Seiten des Beklagten,[c]) dieser macht sich zu etwas anheischig, unter der Bedingung, daß die Behauptung des Klägers richtig wäre.[d]) Der Kläger klagt sodann aus dieser Sponsion mit der Condictio, er behauptet, der Beklagte sei das Versprochene schuldig, d. h. die Bedingung der Sponsion (sein Recht) existire, und so wird nun der Proceß geführt: der Form nach über die Verbindlichkeit des Beklagten aus der Sponsion, wie denn auch der Richter sein Urtheil darauf faßt, ob der Beklagte das Versprochene schuldig sei oder nicht, der Materie nach über den Anspruch, welcher der Sponsio zu Grunde liegt, und von dessen Richtigkeit die Condemnatio aus der Sponsio abhängt. Man sieht, diese Einleitungsform, das sponsione contendere, schließt sich sehr nahe an die actio sacramento an (§. 161), und auch aus andern Gründen darf ihr ein bedeutendes Alter zugeschrieben werden (Bd. I §. 80 S. 290 ff.). Diesen Zweck der Sponsion, den Proceß einzuleiten, indem sie ihm die Form einer Verhandlung über ihren Inhalt giebt, wird durch den Namen: sponsio praeiudicialis ausgedrückt. Hat sie bloß diesen Zweck, so hat der Beklagte die sponsionis summa, in die er condemnirt wird, nicht wirklich zu leisten, sie ist eine reine Form, und hier stipulirt denn auch bloß der Kläger; aber sie kann überdieß noch den Zweck haben, den Unterliegenden zu strafen, hier muß der Kläger dieselbe Summe versprechen, der Beklagte hat gegen ihn eine restipulatio (§. 157), und sie heißt in diesem Fall sponsio poenalis.

Ein Beispiel der reinen sponsio praeiudicialis giebt die in rem actio.[e]) Diese kann angebracht werden 1) durch eine formula petitoria, mit der Intentio: rem (corporalem oder incorporalem)

---

c) (Plaut. Menaechm. IV. 2, 24 condictiones tetuli tortas confragosas = uti sponsio fierel. R.)

d) Z. B. si ex edicto P. Burrieni praetoris bona P. Quintii dies XXX possessa non sint (Cic. pro Quint. 27) — si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dederit (Cic. fam. VII. 21) — — tot nummos dare spondes? spondeo. Ueber die Fassung der Sponsion mit si, und die Erwähnung derselben mit ni vgl. Huschke, Studien I S. 12 f. Keller, semestrium ad M. Tullium Ciceronem (1843) lib. I §. 1. (Diese Eigenthümlichkeit der Fassung scheint Ihering (Geist 3, 116 Note 163) bei seiner im Uebrigen beachtungswerthen Erklärung der sponsio bei Plautus Rudens V. 3. 24. 25. nicht beachtet zu haben. R.)

e) Gai. IV. 91—95.

actoris esse, welche arbitraria ist (§. 165. 166 Note s), und bei welcher der Beklagte die satisdatio iudicatum solvi zu leisten hat (§. 157); 2) per sponsionem, indem der Kläger den Beklagten durch folgende Stipulation provocirt: si homo quo de agitur ex iure quiritium meus est, sestertios cxxv nummos dare spondes? Darauf wird die Formel mit der Intentio: si paret N. N. A. A. ss. cxxv nummos dare oportere gegeben, und von dem Beklagten wegen der Herausgabe der Sache und der Früchte die stipulatio pro praede litis et vindiciarum geleistet.[f]) Diese Form ist ganz der legis actio sacramento nachgebildet (§. 161), von der sich auch die Summe herschreibt.[g]) Der Proceß nimmt durch die auf die Forderung aus der Sponsion concipirte Formel die Form einer persönlichen Klage an.[h])

Eine sponsio poenalis ist die bei certa pecunia credita, ferner

---

f) (Valerius Probus §. 5. 22 P. P. L. V. = pro praede litis vindiciarum. Die Stipulation geht auf doppelten Ersatz der Früchte. Wetzell, Vindicationsproceß. S. 80. R.)

g) (Die Nachbildung bestreitet Stintzing, über das Verhältniß der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis [1853] S. 60, indem er die facultative Umgehung des sacramentum durch conventionelle sponsio von jeher annimmt; er verwechselt die conventionellen Sponsionen mit der prätorischen Proceßsponsion. R.) — 125 Sesterze sind gleich 500 Asses, Voius. Maecian. assis distr. §. 47: nunc — sestertius quattuor asses valet.* (Indeß nennt Gaius [IV. 95] diese Sesterze nur als Summe des Sacramentum, als Gegenstand der Sponsio giebt er nur 25 Sesterze oder 100 Asse an [IV. 93]; da nun die Sponsio und das Sacramentum selbst verschieden sind [IV. 13], so existirt auch keine Nothwendigkeit, daß die Summe übereinstimme. Die Summe von 125 Sesterzen beruht übrigens auf der lex crepereia, wie auch Studemund bei Gaius liest, einem Münzgesetz aus dem zweiten punischen Kriege, welches den Denar zu 16, den Sesterz zu 4 Assen auszumünzen befahl Plin. nat. hist. 33, 13, 45. L. 37 C. de donatt. (8, 54). Die 25 Sesterzen scheinen darauf zu beruhen, daß die kleinste iniuria mit dieser Summe gebüßt wurde, omne enim quod non iure fit iniuria fieri dicitur. L. 1 pr. D. de iniur. [47, 10]. R.)

h) (Der ganze merkwürdige Umweg scheint sich auf die legitima iudicia unter römischen Bürgern (§. 160) bezogen zu haben: bei Peregrinen tritt statt der sponsio: ni factum sit sofort eine in factum actio ein [vgl. z. B. Cic. in Verr. II. 3 c. 22. 28 mit c. 58–60]. In jenen iudiciis schloß nur die persönliche Klage mit intentio in ius concepta die Erneuerung des Anspruchs ipso iure aus [Gai. III, 180 181. IV. 107], wollte man also eine in rem oder in factum actio endgültig abthun, so mußte man eine sponsio praeiudicialis schließen und aus dieser in personam klagen. So erklärt sich zugleich der Wegfall der Sponsionsklage im justinianischen Recht. [Rudorff] Vorrede zum Berliner Wintercatalog. 1850. R.)

bei pecunia constituta (§. 157); die letztere betrifft eine prätorische Klage, welche später als in factum actio gegeben, anfangs aber vielleicht in der Form eingeführt wurde, daß der Prätor den Constituenten zu einer Sponsion anhielt, in Folge deren sodann die Condictio angestellt, die Formula in Jus gegeben werden konnte. Eine gleiche Bewandtniß hat es mit den Sponsionen bei den Interdicten (§. 169).

Man darf mit den bisher erwähnten die prätorischen Stipulationen nicht verwechseln, welche jemandem einen Anspruch geben sollen, der seiner Zeit geltend gemacht werden soll, deren Absicht aber nicht die Formgebung für einen Rechtsstreit ist, z. B. die cautio damni infecti, ratam rem haberi, iudicatum solvi. Eine von diesen nähert sich indessen sichtbar jenen das Judicium vorbereitenden Sponsionen: die stipulatio ex operis novi nuntiatione. Der durch einen Neubau Benachtheiligte gebietet Einhalt zu thun, der Bauende kann sich die Erlaubniß der Fortsetzung verschaffen durch Caution der Restitution, wenn er bei dem Proceß über seine Befugniß zu bauen Unrecht behalten würde, dieser Proceß muß von dem Verbietenden sofort erhoben, und sein Recht zu verbieten erwiesen werden. Jene Caution war nun zugleich bestimmt, diesem Proceß seine Form zu geben. Der Verbietende trat aus der Stipulation mit der condictio incerti (actio ex stipulatu) auf Restitution auf.[i]

---

i) L. 1 D. de stipul. praet. (46, 5) theilt die prätorischen Stipulationen in iudiciales, cautionales, communes. Die ersten sind die, von denen hier gehandelt worden ist, die Compilatoren haben alle Beispiele, als dem justinianischen Recht fremd, gestrichen, und nur die ex o. n. nuntiatione gelassen, die im justinianischen Recht freilich nicht mehr jene Bedeutung hat, dagegen die cautio iudicatum solvi dazugesetzt, welche in die folgende Classe gehört. Diese (cautionales) enthält die Stipulationen, die jemanden eine Klage verschaffen sollen, ohne Bezug auf ein anderes Judicium, das dadurch eingeleitet würde. Die dritte Classe (communes) bilden die stipulationes iudicio sisti, die zur Unterstützung zwar eines andern Processes, aber nicht als Einleitung dazu (wie die erste Classe) dienen. (Diese Auffassung ist in Betreff der cautio iudicatum solvi unrichtig. Die prätorischen Stipulationen sind entweder 1) nicht processualische [cautionales] oder 2) processualische. Diese scheiden sich wieder in *a*) iudiciales, die den Kläger sichern sollen, daß der Beklagte dem Urtheile in einem zweiten selbstständigen Proceß genüge, *b*) communes, daß er jenen ersten Proceß übernehme. Die cautio iudicatum solvi gehört also allerdings unter die iudiciales: Schirmer, die prätor. Judicialstipulationen [1853] S. 1—46. — Einen ganz andern Sinn hat die Eintheilung in iudiciales, praetoriae, conventionales, communes in L. 5 pr. D. de stip. praet. (46, 5) Tit. Inst. 3,

dd. Interdicta. [a]

CLXIX. Im prätorischen Edict kommt für die Klagen, welche die Prätoren eingeführt haben, ein doppelter Ausdruck vor. Der eine besteht darin, daß nach vorangeschickter Voraussetzung gesagt wird: iudicium dabo (oder actionem dabo), [b] womit der Prätor eine formula in factum concepta oder auch ficticia geben zu wollen ankündigt; der andere, daß er einen unmittelbaren Befehl: restituas, exhibeas, veto erläßt. Dieser Befehl nun wird von dem Prätor auf den einzelnen Fall angewendet, wenn eine Partei ihn gegen die andere, von der sie behauptet, sie habe gegen das Edict des Prätors gehandelt, geltend macht; er heißt in dieser Anwendung, die in einer kurzen Schrift den Formulä analog geschieht, decretum, wenn er in einem Gebot, interdictum, wenn er in einem Verbot besteht. Der letzte Name ist aber allgemein gebraucht worden, daher werden die Interdicta (nach den vorhin bemerkten drei Befehlen) eingetheilt in restitutoria, exhibitoria und prohibitoria.

Das Interdictum hat nicht die Absicht einer sofortigen Entscheidung der Sache, vielmehr dient es nur zur Einleitung des gerichtlichen Verfahrens. Es hat daher die Bedeutung einer Klage, und wird denn auch unter dem Wort actio im weiteren Sinn mitbegriffen, [c] auch der Ausdruck formula wird darauf angewendet. [d] Die Sache kommt vor ein Gericht (iudex oder recuperatores), welches der Prätor bestellt. Der Interdictenproceß gehört daher zum ordo iudiciorum privatorum, [e] nur enthält er eine eigenthümliche Einleitung und Gestaltung des Judiciums.

18: sie bezieht sich nicht bloß auf die prätorischen Stipulationen, sondern ist eine allgemeine der Stipulationen überhaupt. R.)

a) Gai. IV. 138—170. Huschke, de causa siliana, Studien I. 1. Bethmann-Hollweg, Handbuch I §. 37. (Eine höchst sorgfältige Untersuchung dieses Proceßtheils enthält: K. A. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer. 1853. R.)

b) (Valerius Probus I. D. 1. I. = iudicium dabo iuris iudicio [in ius?] R.)

c) L. 37 pr. D. de O. et A. (44, 7).

d) Gai. IV. 141. Daher ist wohl auch der Ausdruck des Aggenus: interdicti formulae (p. 80, 25 Lachm.) als ein classisch technischer zu nehmen. (Die Schriftlichkeit des Interdicts folgt aber hieraus nicht, vielmehr ist von einem inter duos dicere, einer ὁμιλία πραίτωρος die Rede: Schmidt a. a. O. S. 233. R.)

e) L. 1 §. 2. D. si ventris nom. (25, 5): coget autem eum decedere

Jene Conception des Interdicts durch den Prätor und die Bestellung des Judiciums ist allen Interdictenprocessen gemein, im übrigen aber ist ein verschiedenes Verfahren möglich. Aber auch die Conception selbst geschieht auf doppelte Art, und dieser Unterschied hängt mit einer wichtigen Eigenschaft gewisser Interdicte zusammen. Bei den meisten Interdicten wendet sich der Prätor nur an eine Partei, den Beklagten, dem er etwas gebietet oder verbietet, diese heißen daher interdicta simplicia; dahin gehören alle restitutoria und exhibitoria, und viele prohibitoria. Bei einigen dagegen richtet er seine Worte an beide Parteien, z. B. uti eum fundum de quo agitur possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto, sie heißen darum duplicia, wie wenn zwei Interdicte neben einander, für jeden ein besonderes, gegeben wäre. Die Folge davon ist, daß jede Partei hier die Rolle von Kläger und Beklagtem hat (§. 175).

Bei interdicta restitutoria und exhibitoria haben die Parteien die Wahl zwischen einem doppelten Verfahren. Das eine und ohne Zweifel das älteste ist das per sponsionem: der Kläger provocirt den Beklagten zu einer Sponsion, wodurch dieser eine Strafe verspricht unter der Bedingung, daß er contra edictum praetoris gehandelt hätte, z. B. si fundum, unde tu me vi deiecisti, contra edictum praetoris non restituisti, tot nummos dare spondes,[f] auf dieselbe Strafe hat der Beklagte eine restipulatio, deren Bedingung auf den entgegengesetzten Fall gefaßt ist. Auf diese Stipulationen wurde nun die Klage gegründet, jede Partei erhält eine Formel, worin auf die summa sponsionis oder restipulationis geklagt wird. Der darin bestellte Richter untersucht, ob die Voraussetzung der Sponsion oder Restipulation existirt, also ob contra edictum praetoris gehandelt worden ist, oder nicht, und condemnirt demzufolge entweder den Beklagten in die Sponsions- oder den Kläger in die Restipulations-Summe, und absolvirt eben so den

---

non praetoria potestate — sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.

f) Vgl. Cic. pro Caec. 8. 19. 28. 29. 32. Gai. IV. 165. Die Fassung erklärt sich daraus, daß nicht eigentlich wer dejicirt, sondern wer, wenn er dejicirt hat, nicht restituirt, contra edictum handelt, denn der Prätor verbietet bei dem interdictum de vi wörtlich nicht die Dejection, sondern gebietet die Restitution.

andern Theil von dieser oder von jener. Aber dieß ist nur die Strafe, welche darauf berechnet war, von muthwilliger Proceßführung abzuhalten. Dem Kläger mußte, wenn er den Proceß gewann, auch die Restitution oder Exhibition werden, die den eigentlichen Gegenstand seines Anspruchs ausmachte. Dieses war der Zweck einer zweiten Formel, welche der Kläger an seine sponsionis formula anfügen ließ, und durch die ein iudicium de re restituenda oder exhibenda constituirt wurde, vermöge dessen, wenn nicht restituirt oder exhibirt wurde, der Richter den Beklagten in den Werth condemnirte. Neben diesem Verfahren cum poena (cum periculo) steht aber den Parteien noch ein anderes offen sine poena. Jede Partei kann bei dem ersten Erscheinen vor dem Magistrat einen arbiter erbitten, und dadurch jenes Verfahren cum poena ausschließen; es wird dann sofort eine formula arbitraria (§. 166) gegeben, worin der Richter angewiesen wird, den Beklagten, wenn er contra edictum nicht restituirt oder exhibirt, in den Werth zu condemniren. Haben die Parteien das Interdict erhalten, und den Magistrat verlassen, ohne daß eine von ihnen um einen Arbiter gebeten hat, so ist die Sache schlechterdings auf dem Weg der Sponsionen zu erledigen. Da aber jede Partei das Strafverfahren ausschließen konnte, es also nur mit dem übereinstimmenden Willen beider stattfand, so ist wohl anzunehmen, daß es bei diesen Interdicten seit der Einführung der arbitraria formula für dieselben höchst selten gebraucht wurde.

Bei den interdicta prohibitoria giebt es nur Ein Verfahren, das durch Sponsionen. Man hat nach dem Grund gefragt, warum die poena hier unvermeidlich war.[g]) Hier muß man vor allem festhalten, daß das Sponsionenverfahren ursprünglich bei allen Interdicten das einzige war, und daß erst später eine formula arbitraria statt der Sponsionen (also abgesehen von dem mit diesen verträglichen und auf sie folgenden Arbitrium) zugelassen wurde. In der That stimmt nur jenes Strafverfahren mit dem eigenthümlichen Charakter des Interdictenprocesses; daß der Prätor den Parteien zuerst ein Interdictum giebt, hat eigentlich nur dann Sinn und Be-

---

g) Verschiedene Meinungen haben darüber geäußert: Haubold in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. III. S. 385 ff. Huschke, Studien I S. 8 ff. Heffter, ad Gai. comm. IV. p. LV. Zimmern, röm. Civilproceß §. 71.

deutung, wenn es der Grund für eine unter ihnen vorzunehmende Sponsion und Restipulation ist. Wird mit einer Actionsformel angefangen, so ist die conceptio interdicti eigentlich etwas ganz überflüssiges, ein Anfang, zu dem das Ende fehlt. Die Zulassung einer Actio statt der Sponsion nach geschehener Conception des Interdicts war daher etwas abnormes, welches zuzulassen man bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten sich veranlaßt sah, da diese ihrem Gegenstand nach actionenartig sind, welches man aber nicht ohne eine solche Veranlassung weiter auszudehnen geneigt war. Die Einführung jener formula arbitraria war der erste Schritt zur Aufhebung des Interdictenprocesses. h) Bei den prohibitorischen Interdicten wollte man die Parteien nicht von der Strafe befreien, die auf dem Verlust des Sponsionenprocesses stand. Eine actio hätte hier, wo die Verhinderung einer Handlung der Zweck der Klage war, auf eine Strafe (s. Note m), oder auf Versprechen einer solchen bei wiederholtem Versuch der Handlung gehen können, also im Grunde auf dasselbe, wie die Sponsion, nur unter Bevorzugung des Klägers, der ungestraft dem Handelnden hätte durch seine Klage beschwerlich fallen können, das fand man nicht gerecht.

Eine besondere Gestalt hat noch das Verfahren bei den interdicta duplicia (interdictum uti possidetis, interdictum utrubi). Bei dem Rechtsstreit nämlich um den Besitz, wobei jede Partei Besitzer zu sein behauptet, ist noch der Besitzstand während des Processes zu entscheiden. Dieser interimistische Besitz (»fructus«, d. h. die factische Möglichkeit, die Sache während jener Zeit zu benutzen) wird dem zugesprochen, der sich für den Fall, daß er Unrecht behalten würde, zu der größten Strafe anheischig macht. Zu diesem Zweck wird eine Licitation vorgenommen, fructus licitatio, jene Strafe heißt daher fructus licitationis summa. Verliert der höchste Licitant, der also um diesen Preis den interimistischen Besitz erhalten hat, den Proceß, so muß er diese Summe dem Gegner zahlen, und schon jetzt dieses ihm versprechen durch die fructuaria stipulatio,

h) Es gab römische Juristen, welche dem Abkommen des Strafverfahrens bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten widerstanden, indem sie es wenigstens bei dem unterliegenden Kläger für einen offenbaren Beweis der Calumnia betrachteten, wenn er auf Bestellung eines Arbiter angetragen und dadurch die Strafe zu vermeiden gesucht hatte, aber die Praxis theilte diese Ansicht nicht, Gai. IV. 163.

aus welcher auf die Strafe geklagt wird;[i]) ist die Stipulation unterlassen, so kann die Strafe dennoch gefordert werden mit dem iudicium fructuarium (oder secutorium). Ueberdieß muß er die Sache mit den gezogenen Früchten herausgeben (denn die licitationis summa ist eine reine Strafe), und darauf geht das iudicium cascellianum oder secutorium (unterschieden von jenem secutorium auf die Licitationssumme). Der Richter hat nun bloß zu untersuchen, wer zur Zeit der Conception des Interdicts wirklich Besitzer war (nec vi, nec clam, nec precario ab adversario). Entscheidet er für den höchsten Licitanten, so condemnirt er den Gegner in die Sponsions- und Restipulations-Summe, und absolvirt eben so den Ersten von der einen wie der andern.[k]) Entscheidet er gegen den höchsten Licitanten, so condemnirt er diesen in die Restipulations- und Sponsions-Summe mit Absolvirung des Gegners, ferner in die Licitationssumme, endlich gebietet er ihm, den Besitz mit den gezogenen Früchten herauszugeben, und condemnirt ihn in den Werth, wenn er es nicht thut.[l])

---

i) Nach Heffter soll die fr. stip. auf die Restitution des Besitzes gehen, das ist entschieden zu verwerfen, nach Zimmern auf die Restitution der Früchte selbst, auch dieß stimmt mit der Ordnung, in welcher Gaius diese Gegenstände abhandelt, nicht überein.

k) (Da nämlich die Interdicte duplicia sind, so stipulirt jede Partei von der andern: si adversus edictum illius praetoris possidenti [im Interdictum Utrubi: ducenti] mihi vis abs te facta est, tantum dare mihi spondes? Gai. IV. 166. alter alterum sponsione provocat: si adversus edictum praetoris possidenti *sibi* (vgl. über diese Lesart: Rudorff, Zeitschr. XI. S. 354. 355) vis facta esset. Eben so restipulirt jede Partei: si — possidenti [ducenti] tibi vis a me facta non est, tantam pecuniam dare mihi spondes? Es werden also in Allem vier Stipulationen [zwei Sponsionen und zwei Restipulationen] geschlossen. Doch pflegte man die Sache dadurch abzukürzen, daß Jeder seine Sponsion und Restipulation in eine Frage zusammenzog, z. B. si — possidenti mihi vis abs te facta est et possidenti tibi a me vis facta non est, quanti quaeque earum rerum est, tantum dare mihi spondes? Gai. IV. 166 „vel *stipulationibus iunctis duabus* una inter eos sponsio *unaque* restipulatio adversus eam fit.“ Huschke, Zeitschrift XIII. 334. Ganz abweichend Schmidt a. a. O. S. 287: vel si unus tantum sponsione provocavit alterum una inter eos sponsio et una tantum restipulatio adversus eam fit. R.)

l) (Es drängt sich die Frage auf, durch welche Rechtsmittel die cetera ex interdicto, d. h. die vis nach dem Interdict, die Licitation des Interimsbesitzes, die satisdatio iudicatum solvi des interimistischen Besitzers, die Sponsionen und Sponsionsklagen erzwungen wurden? Ueber diese Frage waren bisher nur Vermuthungen möglich. Jetzt liest Studemund bei Gaius 4, 170, sed quia

Zuletzt drängt sich noch die Frage auf, welche Absicht der Einführung des Interdictenverfahrens zu Grunde liegt, und worin im allgemeinen seine praktische Bedeutung zu suchen ist. Wir unterscheiden im heutigen Proceß ein ordentliches und ein summarisches Verfahren, in welchem letzteren der gemessene Gang des ersteren dem Bedürfniß einer schleunigeren Rechtshülfe bei gewissen Rechtssachen aufgeopfert wird. Man hat denselben Unterschied dem römischen Interdictenproceß und Actionenverfahren unterlegen, und jenem den Charakter eines summarischen Processes zuschreiben wollen.[m]) Sieht man näher zu, so entbehrt diese Vorstellung allen Grundes. Die summarische Behandlung könnte in dem Verfahren vor dem Prätor, oder vor dem Richter, oder in dem Uebergang von jenem zu diesem

nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant et ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit interdicta quae secundaria appellamus quod secundo loco redduntur. quorum *vis et potestas haec est, ut qui* cetera ex interdicto non faciat velut qui vim non faciat, aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det, aut si sponsiones non faciat sponsionumve iudicia non accipiat, *sive* possideat non restituat adversario possessionem, *sive non possideat vim illi* possidenti ne faciat. Krüger, krit. Versuche (1870) S. 84. Daraus erhellt, daß das Verfahren ein ähnliches war wie in dem in rem actiones, wenn der Beklagte die defensio verweigerte (§. 157 c.) Die interdicta secundaria entsprachen nämlich dem Interdict quem fundum und fautelen etwa qua de possessione ille tecum interdixit, eam, si nolis DEFENDERE, illi RESTITUAS antequam ex iure exeas oder wenn der Implorant Besitzer war illi INGREDIENTI illum fundum (DUCENTI illum hominem) VIM NE FACIAS. Das Interdictswort defendere Ulp. 70 ad edictum L. 166 pr. D. de R. J. (50, 17) ist nämlich nicht wie man bisher annahm (Rudorff ed. perpetuum (1869) §. 224 n. 2) auf das Interdict quem fundum, sondern auf das secundarium zu beziehen. Eben so erhellt nunmehr, daß die Worte des Paullus lib. 67 ad edictum L. 61 D. de V. S. (50, 16) SATISDATIONIS appellatione interdum etiam rei promissio continetur, qua contentus fuit is cui satisdatio debebatur, welche Cujacius auf das int. quod legatorum bezog, auf das int. secundarium giengen. Auf das Interdict gegen den Mehrbieter bezieht sich endlich Venuleius lib. 1 interdictorum L. 52 §. 2 D. de poss. (41, 2) species inducendi ni possessionem alicuius rei (fundi aediumve?) est *prohibere ingredienti vim fieri*: statim enim cedere adversario et vacuam relinquere possessionem iubet quod multo plus est quam restituere. Mit Rücksicht auf alles Dieses heißt es bei Frontin. de controv. agr. p. 44, 3—17 de loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet *si cetera ex interdicto diligenter peragantur*. magna enim alea est litem ad interdictum deducere cuius est executio perplexissima. R.)

m) So noch Thibaut, Archiv für civ. Pr. X. 23. Dagegen Savigny, Zeitschrift VI. 3. Vgl. auch Zimmern, röm. Civilpr. §. 71 a. E. Bethmann-Hollweg a. a. O. (Note a) hat sich vorzugsweise mit dieser Frage beschäftigt.

gelegen haben. Das erste war nicht der Fall, im Gegentheil, wenn es zur Sponsion kam, wurde dieses Verfahren nicht an dem Tag zu Ende gebracht, und die Parteien mußten sich an einem folgenden einfinden, auch war es nicht, wie bei den Actionen, mit Einer Formel abgethan; über das zweite haben wir keine Nachricht, und eben so wenig darüber, ob eine kürzere Frist zwischen ius und iudicium vorgeschrieben war. Das Eigenthümliche des Interdictenprocesses überhaupt (abgesehen von den besonderen Zusätzen bei den interdicta duplicia) bestand in dem von dem Prätor gegebenen Interdict und den von den Parteien demzufolge gemachten Sponsionen, darin liegt etwa eine Abschreckung von dem Proceß, aber keine Beschleunigung des Processes selbst. Die ursprüngliche Bedeutung der Interdicte war, jemandem eine Rechtshülfe zu gewähren, der außerdem keine hatte, nicht eine schleunigere dem, der sonst eine langsamere gehabt hätte. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß die Interdicte zu einer Zeit entstanden, wo der Prätor noch keine Actiones geben konnte (Bd. I §. 80 S. 290 f.), nach der Lex Aebutia behielt man die einmal vorhandene Rechtsform bei, nur daß der Prätor neben den Interdicten, für welche dieß zu passen schien, actiones in factum gab (d. h. er ließ zu, daß man nach Edition des Interdicts um eine formula arbitraria bat, s. oben). Unsere Frage nach der praktischen Bedeutung des Interdictenprocesses zu der Zeit, wo der Prätor auch Actiones geben konnte, fällt somit zusammen mit der: warum ist noch später das Actionenverfahren nicht bei den prohibitorischen Interdicten zugelassen worden?[n]) und diese Frage ist schon vorhin beantwortet worden. Der Grund dieses Rechts und die praktische Bedeutung des Interdictenverfahrens lag lediglich in den Sponsionen.

ee. Zusätze zu den Formeln für den Beklagten.

CLXX. Der Inhalt der Formula, der oben dargelegt worden ist, soweit er auf den Postulationen des Klägers beruht, kann durch die Vertheidigung des Beklagten vermehrt werden, deren Aufnahme in die Formel dieser fordert, damit sie der Richter berücksichtige.[a])

---

n) In einem Fall, gegen den, welcher den in possessionem missus in den Besitz zu kommen hindert, gab der Prätor auch eine Actio auf eine Strafsumme, die dem Interesse des Missus bei der Missio gleichkommt, Dig. XLIII. 4.

a) Gai. IV. 115—129. 133. Inst. IV. 13: de exceptionibus. 14: de replicationibus. Dig. XLIV. 1: de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis. Vgl. Savigny, System V §. 225—229.

Besteht die Vertheidigung des Beklagten bloß in einer Negation (Bd. I §. 29 S. 72), so erhält die Formel keinen Zusatz. Die Anweisung an den Richter, sie zu berücksichtigen, liegt schon in der bedingten Fassung der Formel: si paret — condemnato, si non paret, absolvito. Daher läßt sich auch umgekehrt der Begriff einer Negation im processualischen Sinn so bestimmen: es ist die Vertheidigung des Beklagten, die schon in jener allgemeinen Bedingung der Condemnation liegt. [b]) Nun kann es aber sein, daß dem Beklagten eine Vertheidigung zusteht, die ihn gegen die Condemnation schützt, auch wenn das si paret bejaht werden müßte, wodurch also noch eine zweite Bedingung der Condemnation hinzugefügt wird. Hier erhält die Formel noch einen Zusatz, wodurch der Richter angewiesen wird, nur dann zu condemniren, wenn nicht bloß die Intention des Klägers, das si paret, richtig, sondern auch die Behauptung des Beklagten, vermöge deren er von dem Anspruch befreit sein will, unrichtig ist: si non z. B. convenit ne ea pecunia peteretur. [c]) Würde dieses pactum de non petendo die Wirkung einer rechtlichen Vernichtung der Obligatio haben, wie z. B. die acceptilatio, so wäre der Zusatz überflüssig, die Berufung auf dasselbe wäre eine Negation, sie würde nicht eine zweite Bedingung der Condemnation bilden, da ihre Wahrheit die Intention selbst als falsch erscheinen ließe. Weil dem aber (in der Regel) nicht so ist, die In-

b) Die Klage ist z. B.: si paret rem actoris esse, der Beklagte behauptet, der Kläger sei nicht Eigenthümer, oder er habe aufgehört es zu sein, da er, Beklagter, die Sache usucapirt habe; si paret reum centum dare oportere, der Beklagte behauptet, er sei nicht schuldig, oder er habe gezahlt; gegen die Klage quod A. A. a. N. N. incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportet, behauptet der Beklagte, es sei keine Stipulation geschehen (oder keine, oder eine nichtige), oder die Schuld sei durch Acceptilatio oder Zahlung aufgehoben. Alle diese Behauptungen des Beklagten sind Negationen, denn wenn sie wahr sind, so muß man sagen, res actoris non est, non paret reum centum dare oportere, nihil eum dare facere oportet, die Intentio ist falsch, die Bedingung, die sie dem Richter für die Condemnation setzt, ist nicht vorhanden.

c) Ulpian. L. 2 pr. D. de except. (44, 1): Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei (Ulpian wahrscheinlich: interponi formulae) solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. L. 17 D. de evict. (21, 2): — intentione per exceptionem elisa. (Exceptionen in der Condemnatio: L. 22 pr. D. de except. [44, 1], z. B. quod facere possit. L. 7 pr. D. eod. L. 63 §. 2 D. pro soc. [17, 2] L. 17 §. 1 D. sol. matr. [24, 3.] R.)

tention also richtig bleibt, wenn auch jene Behauptung wahr ist, so bedarf es, um ihr Wirkung zu geben, jenes Zusatzes zur Formel, der neben die in der Intention enthaltene Bedingung noch jene zweite setzt. Von dem Standpunkt des Beklagten aus bildet der von ihm vorgeschützte Umstand eine Ausnahme von der Condemnation, und heißt daher exceptio; in der Formel selbst wird sie, da diese von dem Standpunkt des Klägers aus abgefaßt ist, nicht bejahend, sondern verneinend, also als Bedingung ausgedrückt,[d]) und so zwischen die Intention und die Condemnation eingeschoben, z. B. wenn der Beklagte behauptet, es sei zwischen ihm und dem Kläger verabredet worden, daß er erst nach einer noch nicht abgelaufenen Frist solle zu zahlen haben: si paret N. N. A. A. decem dare oportere, si inter A. A. et N. N. non convenit, ne intra quinquennium peteretur, iudex N. N. A. A. decem condemnato s. n. p. a.[e])

In Beziehung auf ihren Grund sind die Exceptionen von doppelter Art. Entweder beruhen sie auf einem unveränderlichen Grund, so daß sie der Klage für immer entgegenstehen und von dem Kläger nicht vermieden werden können, und es also gleichgültig ist, wie und wann er die Klage gegen den Beklagten anstellt; diese heißen exceptiones perpetuae, sie machen die Klage für immer unwirksam, heben sie daher auf und werden darum auch peremtoriae genannt. Oder

---

d) L. 22 pr. D. de except. (44, 1): exceptio est conditio —.

e) Statt si non kommt auch die ganz gleichbedeutende Fassung vor: extra quam si, z. B. quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit, Labeo im §. 16 der L. 1 D. de flumin. (42, 12), vgl. Cic. de invent. II. 20. Vgl. Savigny, System V §. 226 Note a. (Da ferner in der Intentio oder Designatio schon eine Bedingung der Condemnatio enthalten ist, so wird die Exceptio auch wohl durch ac oder quod, oder qua de re mit jener copulativ verbunden, z. B. ac si non in ea causa tabulae testamenti sint, ut contra eas emancipato bonorum possessio dari possit, L. 2 D. de exc. rei iud [44, 2], L. 15 D. de O. et A. [44, 7] oder quod iudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venum dedit, L. 25 §. 1 D. de her. pet. [5, 3] oder qua de re operis novi nuntiationem duumvir — non remiserit: lex rubr. c. 19. — Von einer Fassung der Exceptionen mit nisi oder aut nisi, die als etwas ganz Gewöhnliches angegeben zu werden pflegt, kommen nur in §. 4 I. de replicat. [4, 14] und L. 1 §. 16 de flum. [43, 12] zwei kritisch und sachlich gleich mißliche Beispiele vor. Vgl. Huschke, Zeitschr. XIII, 315. 321. R. — Die Stelle unmittelbar hinter der Intentio, die im Text der Exceptio zugeschrieben wird, stimmt wenigstens mit dem Wesen derselben am besten überein. Eine andere Ansicht hat Savigny a. a. O. Note l, er setzt sie hinter die Condemnatio.

ihre Zuständigkeit gegen der Kläger hängt von Umständen ab, die jetzt existiren, aber in Zukunft wegfallen können, oder auch entschieden nach einer gewissen Zeit wegfallen werden, so daß es in der Macht des Klägers steht, sie zu vermeiden, wenn er die Zeit abwartet, nach deren Eintritt die Exceptio aufhört begründet zu sein, oder sonst die Klage so anstellt, daß er den Grund derselben beseitigt. Diese heißen temporales oder dilatoriae. Sie betreffen theils die Zeit der angestellten Klage, so die exceptio pacti ne intra certum tempus petatur (s. das vorhin gegebene Beispiel), exceptio litis residuae und dividuae (§. 167), theils die Person des Klagenden, so die exceptiones cognitoriae und procuratoriae (§. 156). Der Unterschied zwischen peremtorischen und dilatorischen Exceptionen liegt nicht in der Wirkung, die sie auf das Urtheil des Richters äußern. Auch die letzteren bewirken, daß der Beklagte, wenn sie richtig befunden worden sind, absolvirt werden muß, mit allen den Folgen für den Kläger, die eine sonstige Absolution hat. [f])

Die Conception der Exceptionen geschieht entweder mit specieller Bezeichnung der Thatsache, durch die der Beklagte von der Klage befreit zu sein behauptet, z. B. des Vertrags, solche heißen exceptiones in factum, oder mit Berufung auf einen Rechtssatz, dem die Klage zuwider ist, ohne daß die Thatsache speciell genannt wird, z. B. si in ea re nihil contra legem cinciam factum est, eine solche kann auch in factum concipirt werden: si non donationis causa mancipavit oder promisit se daturum. [g]) Es giebt eine solche Einrede, die von sehr weiter Anwendung ist: die exceptio doli, welche so concipirt wird: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat. [h]) Diese hat eine doppelte Richtung, entweder auf einen vergangenen Dolus des Klägers, dessen er (oder ein Anderer, vorausgesetzt, daß dessen Dolus ihm schadet) sich bei dem Geschäft, aus dem er klagt, schuldig gemacht hat (darauf bezieht

---

f) Daß es Einreden gab, dem Inhalt nach den exceptiones dilatoriae analog, bei denen dieser Grundsatz nicht galt, wird §. 171 vorkommen.

g) Fragm. vat. 310 (— neque cinciae legis exceptio — neque in factum: si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum. Ein anderes Beispiel giebt die exceptio: si in ea re nihil contra legem papiam factum sit, L. 7 D. de cond. inst. [28, 7.] Der allgemeine Name dieser Einreden ist: quod [oder si quid] contra legem senatusve consultum factum est [esse dicetur] Gai. IV. 121, L. 3 D. de exc. [44, 1.) R.)

h) Gai. IV. 119.

sich der erste Theil der Fassung, und in so weit ist die Exceptio in factum), oder auf einen gegenwärtigen Dolus, den er eben dadurch, daß er etwas ungerechter Weise fordert, also durch die Erhebung seines Anspruchs selbst begeht (darauf bezieht sich der zweite Theil).[i]) Daher kann jede exceptio in factum als doli exceptio gefaßt werden,[k]) und der Beklagte hat die Wahl, ob er sich dieser Exceptio bedienen oder das Factum, auf das er sich bezieht, speciell ausdrücken lassen will.[l]) — Ein anderer Unterschied der Fassung ist, ob in der Exceptio die Person des Klägers genannt wird (s. das Beispiel der doli exceptio), oder ob die Person wegbleibt, z. B. si in ea re nihil metus causa factum est;[m]) hier heißt die Exceptio in rem, und es ist für ihre Wirkung gleichviel, von wem das Factum ausgegangen ist, das sie begründet. Regelmäßig sind die Exceptionen nicht in rem, aber damit ist nicht gesagt, daß das Factum nothwendig von dem Kläger geschehen sein müsse, nur muß ein rechtliches Verhältniß zwischen ihm und dem, von dem es geschehen ist, bestehen, vermöge dessen er sich die Exceptio aus dessen Person gefallen lassen muß.[n]) Dagegen ist es die seltene Ausnahme, wenn die Exceptio personae cohaerens ist, d. h. nur einer gewissen Person

---

i) L. 2 §. 5 D. de doli exc. (44, 4): — nam et si ioler initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi sit talis ignorantia in eo, ut dolo careat.

k) L. 2 §. 5 cit.: Et generaliter sciendum est, ex omnibus io factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit — (folgen die Worte der Note i). So z. B. die exceptio pacti, dolo enim facere qui contra pactum petat, negari non potest, L. 2 §. 4 eod. Daher gilt auch von dieser bei den bonae fidei iudicia, was von der doli exceptio (s. unten): bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt, L. 3 D. do rescind. veod. (18, 5.)

l) L. 2 §. 4 D. de doli exc. (41, 4) L. 12 eod.: Qui oequitate defensionis infringere octionem potest, doli exceptione tutus est. Nur wenn der Kläger eine Person ist, der er Ehrerbietung schuldet (parens, patronus), kann der Beklagte die Fassung auf den Dolus nicht fordern, L. 4 §. 16 eod.

m) L. 2 §. 1, L. 4 §. 33 D. eod.

n) Im allgemeinen besteht dieses Rechtsverhältniß darin, daß er Succeſſor desselben ist, bei der doli exceptio ist es beschränkt auf die successio ex lucrativa causa, der dolus auctoris schadet z. B. dem Beschenkten, nicht dem Käufer. L. 4 §. 27. 31 D. eod. Die exceptio in rem setzt gar kein solches Successionsverhältniß voraus, ich habe die exceptio metus gegen die Vindication dessen, der mit dem, welcher mir die Sache abgenöthigt hat, in gar keinem Verhältniß steht.

(nicht ihren Successoren) zusteht, die allermeisten Exceptionen sind cohaerentes, in Beziehung auf den Beklagten in rem.[o]

Die Exceptio ist ein Theil der Formel, welcher die Vertheidigung des Beklagten bezweckt, dieß ist die processualische Seite des Begriffs, von der bisher ausschließlich die Rede war. Nicht jede Vertheidigung, haben wir gesehen, giebt Veranlassung zu einer Exceptio; welcher Art sie sein muß, um die Form der Exceptio zu erhalten, ist gleich am Eingang dieser Lehre bestimmt worden. Sehen wir dagegen auf den Inhalt der Exceptio, so bildet diesen ein Umstand, den der Beklagte der Klage entgegenzusetzen berechtigt ist, ein Umstand aber, der das Recht, welches der Kläger gegen den Beklagten geltend macht, nicht vernichtet, dessen Bedeutung also nicht die ist, das Recht als nie oder als jetzt wenigstens nicht vorhanden darzustellen, sondern diesem Recht nur eine Wirkung (wenigstens gegen den Beklagten), sei es für immer (bei den peremtorischen Einreden) oder für jetzt (bei den dilatorischen) zu entziehen. Z. B. die Stipulation, aus der jemand die Forderung geltend macht, ist mit einem Wahnsinnigen geschlossen, dieser Umstand giebt dem Beklagten keine Exceptio, denn er bemerkt, daß die Stipulation nichtig ist. Hat dagegen der Gläubiger bei der Stipulation betrüglich gehandelt, so würde dasselbe gelten, wenn das Recht vorschriebe, daß eine Stipulation als Rechtsgeschäft ohne Abwesenheit des Dolus sich gar nicht denken lasse, dem ist aber nicht so; schützt daher der Betrug gegen die Wirkung der Stipulation, so geschieht dieß nur durch Exceptio. Man kann dieß auch so ausdrücken: die Wirkung des Rechts des Klägers

---

o) So z. B. die doli exceptio: L. 7 pr. §. 1 D. de except. (44, 1) L. 2 §. 2 D. de doli exc. (44, 4): ex persona eius, qui exceptionem obiicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris. (Wegen dieser Stelle war in der ersten Ausgabe angenommen worden: die unpersönliche Natur in Beziehung auf den Beklagten werde in der doli exceptio durch die Worte si *in ea re* nihil ausgedrückt. Dieß geschieht aber vielmehr durch bloße Nichterwähnung des Beklagten. Die Worte in ea re dienen nur dazu, die Exception auf die gegenwärtige Klage oder die ihr unmittelbar zum Grunde liegende juristische Thatsache zu beschränken. Ist also z. B. der ursprüngliche Anspruch durch Novation geändert, so kommt vermöge jener Worte nur der bei der stipulatio oder transscriptio a re in personam begangene Dolus in Betracht, L. 1 §. 7 D. de dolo (4, 3). Aus diesem Grunde unter andern war dem C. Canius [Cic. de off. III. 14] durch doli exceptio nicht zu helfen. Rudorff, Zeitschr. für gesch. R. W. XII. S. 169. R.)

wird durch ein ihr entgegenstehendes Recht des Beklagten gehemmt.[p]) Bei dieser materiellen Betrachtung der Exceptio entsteht nun die Frage: woher erhält ein Umstand die Kraft, den Beklagten auf diese Weise zu schützen? Die Antwort ist: alle Rechtsquellen, welche Rechte geben, haben auch das Recht der Exceptio gegeben.[q]) Der markirteste Fall ist nach älterem Recht der, wo das prätorische Recht einen Beklagten aus Gründen des allgemeineren Rechts (der aequitas) gegen Ansprüche, die nach dem Jus civile bestehen, in Schutz nimmt; dieser Schutz konnte nur auf dem Weg einer Exceptio realisirt werden, da der Prätor nicht festzusetzen vermochte, ein nach Jus civile bestehendes Recht bestehe nicht, also die darauf gerichtete Intentio sei von dem Richter als falsch zu betrachten. Aber der Prätor behandelte auch manche Vertheidigungen gegen Ansprüche, die lediglich auf seinen eigenen Festsetzungen beruhten, denen gegenüber er also nicht so beschränkt war, als Exceptionen, und eben dieß geschah bei Vertheidigungen, die aus Volksschlüssen, Senatusconsulten u. s. f. ihre Berechtigung ableiten, so daß also der Gestaltung eines dem Anspruch des Klägers entgegentretenden Umstandes als Exceptio häufig ein innerer, von der äußeren Möglichkeit, ihm eine directe Wirkung zu geben, unabhängiger Grund unterliegt.[r])

Wir kehren zur processualischen Seite der Sache zurück, zur Exceptio als Theil der Formel, und fassen noch den Umfang ihrer Anwendbarkeit ins Auge. Aus der früheren Untersuchung ergiebt sich: eine Exceptio wird dann nothwendig für den Beklagten,

---

p) Savigny, System V S. 152.

q) Gai. IV. 118: — quae omnes vel ex legibus, vel ex his, quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt. (Dagegen der Form nach sind alle Exceptionen prätorischen Ursprungs: Cic. de inv. II. 19, nam et *praetoriis* exceptionibus multae excluduntur actiones — Gai. IV. 108, alia causa fuit olim legis actionum — nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. Den Uebergang bildeten hier, wie bei den Actionen [Gai. IV. 1. Bd. 1 S. 288 II. §. 168] die Sponsionen [z. B. Plautus Rudens V. 3. 25, ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti annos natus], deren Einfluß in der bedingten Formulirung der Actionen und Exceptionen, in der Stellung der letztern zwischen den Interdicten und Stipulationen, in der Verbindung derselben mit den Präjudizien, und dem Grundsatz agere videtur, qui exceptione utitur [L. 1 de exc. 44, 1. L. 37 de O. et A. 44, 7] noch später erkennbar blieb. R.)

r) Savigny, System §. 227. — Es wird davon noch an einem andern Ort, bei der Aufhebung der Obligationen, die Rede sein.

wenn der Einwand, den er gegen die Klage macht, nicht schon der Intentio selbst widerspricht, also wenn beides, der Einwand und die Intentio, neben einander richtig sein kann. Die Nothwendigkeit der Exceptio wird daher nach der Beschaffenheit der Intentio häufiger oder seltner eintreten. Je bestimmter und specieller die Intentio ist, desto weniger Raum giebt sie selbst einer Vertheidigung des Beklagten, desto öfter wird die Behauptung einer Befreiung von dem Anspruch des Klägers außerhalb derselben liegen, und daher, um sich geltend zu machen, einen besondern Zusatz, eine förmliche Exceptio fordern.

Bei den bonae fidei iudicia geht die Intention auf das, was der Beklagte ex fide bona schuldig ist, jeder Einwand daher, welcher darauf hinausläuft, der Kläger habe contra bonam fidem gehandelt oder handle jetzt so, er fordere dolose, ist hier processualisch als eine Negation zu behandeln, es bedarf keiner besondern Exceptio; schon vermöge der allgemeinen Condemnationsbedingung, die in der Intentio liegt, darf der Richter den Beklagten nicht condemniren, soweit die erhobene Forderung nicht der bona fides gemäß ist. Jeder Einwand also, der als doli exceptio gefaßt werden könnte, liegt hier schon in der Fassung der Intentio: doli exceptio bonae fidei iudiciis inest.[s]) Damit fiel eine beträchtliche Anzahl von Exceptionen bei den b. f. iudicia weg.[t]) Aber es fehlt doch nicht an solchen, die

s) L. 21 D. sol. matr. (24, 3) Fragm. vat. 94. L. 84 §. 5 D. de leg. I (30) vgl. Note k.

t) Wenn Exceptionen jener Art bei Obligationen, aus denen b. f. actiones entspringen, erwähnt werden, so kann darunter der Stoff der Exceptio gemeint sein, die Exceptio im materiellen Sinn, von der natürlich auch hier gesprochen werden kann (von einem Kauf, bei dem der Verkäufer betrüglich gehandelt hat, kann man eben so wenig als von einer Stipulation — s. oben — sagen, es sei gar kein Kauf, also ist der Einwand des Betrugs eine Exceptio im materiellen Sinn, nur bildet dieser Einwand nicht einen besondern Theil der Formel, ist keine exceptio im processualischen Sinn, sondern liegt in den Worten ex fide bona). Nun kommt es aber vor, daß in einem solchen Zusammenhang sogar die processualische Fassung erwähnt wird, wodurch jene Erklärung wegfällt, z. B. L. 25 D. de act. emti (19, 1): qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: *si ea pecunia qua de agitur non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est* (die s. g. exc. non adimpleti contractus der Neueren). Aber hier ist es nicht die actio venditi (wie Zimmern §. 93 glaubt), gegen die diese Exceptio gegeben wird (man braucht sich nur die Formel dieser Klage mit ihrer Demonstratio oder Intentio zu denken, um sich davon zu

auch hier in die Formel gesetzt werden mußten, wenn der Beklagte vor dem Richter sich darauf berufen wollte. Dieß sind alle die, von denen man nicht sagen kann, daß sie auf aequitas (Note l) und bona fides beruhen, wie die exceptiones procuratoriae und cognitoriae, rei iudicatae, S. C. velleiani (wenn sich die Frau z. B. durch Mandat verbürgt hat), überhaupt wo einem Schuldner Befreiung ope exceptionis durch eine positive Vorschrift gegeben ist, die sich keineswegs aus der Natur des Schuldverhältnisses und der dabei in Anspruch genommenen gegenseitigen Billigkeit und Redlichkeit ableitet.

Die arbitrariae formulae enthalten zwei Bedingungen der Condemnation: 1) die Intentio, z. B. si paret rem actoris esse, 2) das Arbitrium, z. B. *neque* arbitratu iudicis restituetur. Nach der ersten soll der Richter condemniren, wenn die Sache z. B. Eigenthum des Klägers ist, die Fassung der Intentio schützt den Beklagten, wenn er behauptet, der Kläger sei nicht oder jetzt nicht mehr Eigenthümer (natürlich die Wahrheit dieser Behauptung vorausgesetzt), nicht aber, wenn er bloß einen Umstand anführen kann, der dieses Eigenthum ihm gegenüber unwirksam macht, z. B. daß der Kläger ihm den Sclaven verkauft und tradirt habe (exceptio rei venditae et traditae, s. unten §. 236 bei Note u), ein solcher Einwand muß daher (wenn wir noch bloß auf die Intentio sehen) als Exceptio in die Formel gesetzt werden. Nach der zweiten Bedingung aber soll der Richter überdieß nur dann condemniren, wenn der Beklagte nicht seinem Arbitrium gemäß restituirt (oder exhibirt); kann der Beklagte eine Befreiung von dieser Restitutionspflicht anführen, die der Richter für gerecht halten muß, z. B. die Sache ist ohne Schuld untergegangen, oder es hat vermöge eines Pachtcontracts mit dem Kläger, oder als Pfandgläubiger das Recht zu besitzen, so bedarf es für diese Vertheidigung keines besonderen Zusatzes zur Formel, sie liegt schon in dem arbitratu iudicis. Von den Einreden gegen die Intention gilt dieß nicht, daher die arbitrariae actiones nicht vollständig in dieser Hinsicht den bonae fidei actiones gleich-

---

überzeugen), sondern die Klage aus der über den Kaufpreis üblicher Weise noch besonders abgeschlossenen Stipulation, also die condictio certi. Eben so giebt Gaius (IV. 126) als Beispiel derselben Exceptio den Fall, wo auf den Kaufpreis der Argentarius klagte, dem er (für den eigentlichen Verkäufer) versprochen worden ist, die Klage ist die Condictio aus dem Literalcontract.

stehen, und so werden denn solche Exceptionen in der That bei jenen Klagen, und zwar so erwähnt, daß die processualische Exceptio (Theil der Formel) gemeint ist. u)

Bei den in factum actiones hängt es von der Fassung der Designatio, die hier als Intentio gilt, ab, in welchem Umfang Exceptionen in der Formel nöthig werden. Die Behauptung, daß jene Klagen in dieser Hinsicht wie bonae fidei actiones behandelt würden, v) ist, soviel ich einsehe, nicht zu begründen.

Allerdings aber kann, auch ohne daß die Formel auf bona fides gestellt ist, der Zusatz einer Exceptio unnöthig werden. Dieß ist der Fall, wenn die Forderung einen rein natürlichen Grund, z. B. die Bereicherung, hat, überhaupt wenn sie auf der Billigkeit beruht, die den Prätor vermocht hat, eine Klage daraus zu geben; hier wird durch jeden Umstand, der sie als unbillig erscheinen läßt, die Intention selbst zerstört, in der jenes Fundament stillschweigend gedacht wird, ohne daß es einer besonderen Exceptio bedarf. w)

Man ist aber späterhin in der Begünstigung der Exceptionen sehr weit gegangen, zwar nicht durch Ausdehnung der Möglichkeit, sie ohne Aufnahme in die Formel vor dem Judex vorzubringen, in dieser Beziehung blieb es bei den vorgetragenen Grundsätzen, aber durch die allgemeine Zusage der in integrum restitutio, wenn eine peremtorische Exceptio in die Formel setzen zu lassen von dem Beklagten versäumt worden ist, bei dilatorischen wurde dieses Nach-

---

u) Bei der exceptio rei venditae et traditae könnte man denken, es werde dabei die Klage per sponsionem (die nicht arbitraria war) vorausgesetzt (§. 168), obwohl dieß nach den Stellen, worin sie erwähnt wird, nicht wahrscheinlich ist. Aber das im Text Vorgetragene wird außer Zweifel gesetzt durch die exceptio dominii, die gegen die Publiciana gegeben wird. L. 17 D. de public. act. (6, 2): Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur, eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio *si ea res possessoris non sit* —.

v) Savigny, System V §. 225 Note l und sonst. Vgl. oben §. 165 bei Note eee.

w) Dieß ist der Sinn von L. 96 §. 4 D. de solut. (46, 3): Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur, ideoque fideiussor, quem pupillus dedit (der Pupill haftet in quantum locupletior est), ex istis causis liberari dicitur.

holen nur unter den sonstigen Voraussetzungen der Restitution zugelassen. [x])

Die Exceptio ist ein Angriff auf die Klage, der eine Vertheidigung des Klägers hervorruft. Diese kann eine Negation des von dem Excipienten behaupteten Umstands (z. B. des pactum, des dolus) sein, hier bedarf es keines weiteren Zusatzes in der Formel; ein solcher aber wird nöthig, wenn er sich durch eine weitere Thatsache vertheidigt, welche der Exceptio ihre Wirkung entzieht, auch wenn der Umstand, welcher ihr zu Grunde liegt, seine Richtigkeit hätte, z. B. gegen die exceptio pacti de non petendo wird angeführt, daß später ein pactum de petendo abgeschlossen worden sei. [y]) Diese Gegeneinrede heißt replicatio, sie wird als eine Bedingung der Condemnation gefaßt, welche die in der exceptio liegende Bedingung auflöst, wie daher die Exceptio negativ, so wird die Replik positiv concipirt und in der in der Exceptio enthaltenen Bedingung alternativ beigefügt, z. B. si inter A. A. et N. N. non convenit, ne ea pecunia peteretur (Exceptio), *aut si* postea convenit, ut eam pecuniam petere liceret (Replik). [z]) Die Replicatio ist der Exceptio ganz analog und wird darum auch selbst exceptio genannt, [aa]) sie ist eine exceptio exceptionis, [bb]) und darin

---

x) Gai. IV. 125. Für die peremtorischen nämlich erklärte das edictum perpetuum die Statthaftigkeit der Restitution allgemein (ohne causae cognitio L. 2 C. sent. resc. non p. [7, 50]). — Nicht hieher gehört der Vorzug gewisser Einreden, namentlich der exceptio S. C. macedoniani und velleiani, daß sie, wenn sie versäumt sind und der Beklagte condemnirt worden ist, noch gegen die actio iudicati vorgeschützt werden können, L. 11 D. de S. C. maced. (14, 6). Denn dieses Privilegium besteht darin, daß sie gegen eine Klage zugelassen werden, gegen die sie an sich nicht stattfinden würden (da die erste an sich nur gegen die Darlehnsklage, die zweite gegen die aus der Intercession gegeben ist).

y) L. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14): Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret; prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est (bei der Novation), quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur.

z) Gai. IV. 126. L. 154 D. de R. I. (50, 17) u. a. Vgl. Keller über Litis Contestation S. 339 f. Savigny, System V S. 191. (Huschke, Zeitschr. XIII. S. 318—320. R.)

aa) L. 2 §. 1 D. de except. (44, 1.)

bb) L. 22 eod. (Daraus erklärt sich auch die hin und wieder vorkommende negative Formulirung der Replicatio, z. B. Gai. IV. 126 si non postea convenerit, ut eam pecuniam petere liceret, L. 24 D. de exc. rei iud. [44, 2]

liegt zugleich, daß sie stets eine exceptio des Beklagten voraussetzt, gegen eine bloße Negation ist sie nicht denkbar. [cc])

Der Gebrauch der Replicationen hängt zugleich von der Fassung der Exceptionen ab, die Replicatio (als Theil der Formel) wird meist unnöthig, wenn die Exceptio nicht in factum ist. So liegt in der Fassung der generellen doli exceptio: si in ea re nihil dolo malo actoris fiat, schon von selbst die Anweisung, jede Vertheidigung des Klägers zu berücksichtigen, welche den Erfolg hat, zu zeigen, daß er nicht dolo fordere, z. B. daß das Pactum, welches zur exceptio doli Veranlassung gegeben hat, durch ein zweites Pactum unwirksam gemacht sei. Es gilt hier von den Replicationen gegenüber der doli exceptio dasselbe, was von der exceptio doli gegenüber den bonae fidei actiones. [dd])

Gegen die Replicatio ist auf dieselbe Weise eine Duplicatio für den Beklagten, gegen diese wieder eine Triplicatio für den Kläger möglich u. s. f. [ee])

CLXXI. In ältester Zeit erhielten manche Einreden eine besondere Form, sie wurden nicht der Formel in der oben beschriebenen

---

adversus exceptionem, si non eius sit res, replicatione hac adiuvabitur: at si res iudicata non sit. R.)

cc) (L. 10 C. de exc. [8, 36] non exceptionibus actores, quibus reis auxilium tribuitur certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem *si quam habeant*, muniant. (Wenn der Verpfänder der hypothecaria gegenüber das in bonis zur Zeit der Verpfändung läugnet, so wird nicht durch eine Replicatio Doli geholfen, sondern eine modificirte Klage [eamque rem *postea* in bonis debitoris esse coepisse] gegeben. L. 5 C. si al. res [8, 16], Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII S. 234. R.)

dd) So auch bei andern Exceptionen, die nicht in factum sind. Wenn der Kläger aus einer Schenkung zu den von der Lex Cincia ausgenommenen Personen gehört, so bedarf er gegen die exceptio legis cinciae keiner besondern Replicatio, denn der Richter untersucht vermöge der Exceptio, ob die Schenkung contra legem cinciam sei, und das ist dort nicht der Fall. Anders, wenn der Beklagte sich in factum hat fassen lassen (Note g); der Richter untersucht hier nur, ob eine donatio zu Grunde liege, er würde den Beklagten absolviren müssen, wenn der Kläger nicht die Replicatio hinzufügen ließe: aut si ex iis personis sit, quae lege cincia excipiuntur.

ee) Gai. IV. 129: quarum omnium adiectionum usum interdum etiam ulterius quam diximus, varietas negotiorum introduxit. L. 2 §. 3 D. de except. (44, 1) — Was im Text duplicatio genannt worden ist, haben manche römische Juristen triplicatio genannt, L. 7 §. 1 D. de cur. furios. (27, 10) L. 2 §. 3 D. de except. (44, 1), vgl. Savigny, System V S. 193,

Weise eingefügt, sondern vorausgeschrieben, und hießen daher praescriptiones (pro reo im Gegensatz gegen die pro actore §. 164), z. B. ea res agatur si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat. Diese Form war dann ganz entsprechend, wenn die Einrede darauf berechnet war, den Proceß selbst als unstatthaft darzustellen; der Ort, den sie hier einnahm, enthielt für den Richter die Anweisung, vor allem über die Begründung der Einrede zu urtheilen, und nur wenn er sie nicht gegründet fand, die übrige Formel als übergeben zu betrachten. War sie gegründet, so wurde nicht etwa der Beklagte absolvirt, sondern es wurde überhaupt keine Sentenz gesprochen; es wird dadurch die Deductio der Sache in iudicium verhindert, und darin besteht der wichtige Unterschied dieser Präscriptionen von den Exceptionen, auch den dilatorischen (§. 170 Note f).

Zu diesen Einreden gehören vor allem die, welche unter den Begriff der praeiudicia fallen. So heißt nämlich die Ablehnung der gegenwärtigen Verhandlung der von dem Gegner angebrachten Klage aus dem Grund, weil ein anderer Proceß, auf den der beabsichtigte sonst einen nachtheiligen und ungehörigen Einfluß üben würde, zuvor zur Verhandlung gebracht und entschieden werden müsse.[a]) Dieß setzt voraus, daß in beiden Processen dieselbe Thatsache zur Entscheidung kommt,[b]) und daß der andere die causa maior ist.[c]) Diese Eigenschaft der causa maior kann er haben 1) durch die höhere Stellung des Gerichts, welches ihn zu entscheiden hat;[d]) 2) durch

---

ohne Zweifel, weil sie die dritte *adiectio* ist (exceptio die erste, replicatio die zweite), nach dem obigen Sprachgebrauch heißt triplicatio der dritte Satz des Klägers, wie duplicatio der zweite des Beklagten. (Die Fassung betreffend, wurde die duplicatio mit ac und in negativer Form, die triplicatio mit aut in positiver der replicatio angeschlossen. R.)

a) (Das bedeutende Gewicht, welches man auf Präjudizien legte (Plin. ep. V. 1. orabat, ut se praeiudicio adiuvarem, Quintil. V. 2 Cic. Div. Verr. c. 4 Pseudo-Ascon. ad h. l. §. 12 p. 104 Orelli] steht mit der Bd. I S. 371 ff. erwähnten Einrichtung des römischen Gerichtswesens im Zusammenhang. Aus ihm erklärt sich die Aeußerung des P. Syrus 248. 249 Grave iudicium est, quod praeiudicium non habet. Grave praeiudicium est, quod iudicium non habet. R.)

b) L. 21 D. de except. (44, 1.)

c) L. 54 D. de iudic. (5, 1.)

d) (So ist 1) die Centumviralsache causa maior gegenüber den Klagen vor Privatrichtern, L. 12 pr. C. de pet. hered. [3, 31] *magnitudo* et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis

die größere Importanz seines Gegenstandes, sei es, daß er einen höheren Vermögenswerth hat, oder sonst von höherem Belang ist;[e]) sodann aber auch 3) durch die Art, wie die Frage in beiden Processen vorkommt, der, in welchem sie nur als Incidentpunkt vorkommt, ist die causa minor, welcher daher das Präjudicium entgegensteht.[f]) Die Präscriptio hat hier die Bedeutung einer Anweisung an den Richter, die Formel nicht eher als gegeben zu betrachten, als bis das

---

petitionis infringi, 2) das Volksgericht das höhere im Verhältniß zu Recuperatoren, Cic. de inv. II. 20 non enim oportet in recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri; in Verr. II. 3. 65. L. 7 §. 1 D. de iniur. (47, 10), 3) die Cognition des Princeps ist das maius iudicium gegenüber dem des Senats, Plin. ep. VII. 6 postulavitque, ne cognitioni Caesaris praeiudicium fieret. — Consules, ut Polyaenus postulaverat, omnia integra principi servaverunt, 4) die nach Rom gehörige Sache gegenüber der Municipialjurisdiction, L. 104. 106 D. de R. I. (50, 17) L. 4. 5 pr. 6 pr. D. de V. S. (50, 16) L. 36 D. de O. et A. (44, 7) aus Ulpian lib. 2 ad edictum, vgl. lex rubria c. 21, Isidor. 15, 2 Municipium = quod tantum munia, id est tributa debita reddant. Nam liberales et famosissimae causae et quae ex principe proficiscuntur, ibi non aguntur. R.)

e) So ist die Sache, bei der es sich um das öffentliche Interesse (Staatsgut, Criminalstrafe rc.) handelt, die res maior gegenüber dem bloßen Privatinteresse, L. 35 D. de iure fisci (49, 14), L. 4 D. de publ. iud. (48, 1); wo es sich um eine Strafe handelt, hängt es zuweilen von dem Beklagten ab, ob er von dem Präjudicium Gebrauch machen will, regelmäßig aber liegt es im officium ius dicentis, zu verhüten, daß dem Criminalverfahren nicht präjudicirt werde. — Ferner kann auch hieher angewendet werden L. 104 D. de R. I. (50, 17): si in duabus actionibus alibi summa maior, alibi infamia est, praeponenda et causa existimationis. Ut autem aequiparant famosa iudicia, et si summam imparem habent, pro paribus accipiendi sunt.

f) So die von dem angeblichen Eigenthümer des Grundstücks angestellte condictio auf die von dem Besitzer gezogenen Früchte, oder die Klage wegen einer Servitut gegenüber dem Proceß über das Eigenthum des Grundstücks, L. 16. 18. D. de except. (44, 1), ferner die Klage auf Theilung der angeblich gemeinschaftlichen Sache oder Erbschaft gegenüber dem Proceß über das Eigenthum oder Erbrecht, L. 18 cit. L. 1 §. 1 D. fam. erc. (10, 2.) Aus demselben Grund ist der Rechtsstreit über die Freiheit, die Ingenuität, die Kindschaft die res maior gegenüber dem über die Erbschaft oder andern, auf welche jener Status Einfluß hat, Cod. VII. 19: de ordine cognitionum, L. 2 C. de ordine iudic. (3, 8), ferner der Erbschaftsstreit gegenüber den Klagen, die gegen den Erben als solchen angestellt werden, L. 12 pr. C. de H. P. (3, 31). (Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten (1844) §. 22. 51, versucht wenigstens für das ältere Recht dieses dritte Princip auf das zweite zurückzuführen, allein das Miteigenthum ist gewiß kein erheblicheres Object, als die Theilung, dennoch steht der Theilungsklage die exceptio: quod praeiudicium fundo partive non fiat, entgegen. R.)

darin angezeigte Hinderniß gehoben ist, dessen jetzige Existenz der Prätor durch die Verleihung der Präscriptio anerkannt hat.

Ein anderer Fall der praescriptio war der Einwand der Incompetenz des Gerichts, welcher daher praescriptio fori heißt,[g]) ein dritter der Einwand, daß die Klage verjährt sei, praescriptio temporis. Auch bei der exceptio rei iudicatae scheint dasselbe anzudeuten der Name praescriptio, der für sie vorkommt,[h]) in Verbindung mit dem Umstand, daß es sich auch hier um eine Frage handelte, deren Bejahung die weitere Verhandlung ausschloß, und in der That schon die Anhängigmachung des neuen Processes unstatthaft machte.[i]) Denn das ist eben die Bedeutung der Präscriptio, daß dadurch die Wirkung der ganzen übrigen Formel von dem Einwand abhängig gemacht wird.

Die praescriptio wird schon von Gaius (IV. 133) als ein anti-

---

g) L. 7 pr. D. qui satisd. c. (2, 8) L. 50 in f. L. 52 §. 3 D. de iudic. (5, 1.)

h) Z. B. L. 11 D. de except. (44, 1) L. 29 D. de exc. rei iud. (44, 2. (Auf die praescriptio rei iudicatae bezieht sich auch Cic. de fin. V. 26: Quae cum Zeno didicisset a nostris, ut in actionibus praescribi solet, de eadem re fecit [i. egit] alio modo, welche letzten Worte ausdrücken, was Zeno gethan hat, nicht, wie die Herausgeber anzunehmen pflegen, eine Formel enthalten: ferner ep. ad Ser. Sulpicium XIII. 27: Licet eodem exemplo saepius tibi huius generis litteras mittam, sed tamen non parcam operae et ut vos soletis in formulis hic ego in epistolis de eadem re alio modo. Vgl. L. 7 §. 4 D. de exc. rei iud. [44, 2.] §. 175 ee: — exceptio rei iudicatae obstat, quotiens — eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii. — Als exceptio gefaßt lautete die Einrede ganz anders; die Worte quod non sit petitum L. 20 D. de exc. rei iudic. [44, 2] oder at si ea res iudicata non sit inter me et eum, L. 9 §. 3 eodem, oder quod res iudicata sit inter me et te, L. 11 §. 3 eodem, enthalten jedoch nicht die Exceptio selbst, sondern nur die Behauptung, welche ihr als Grundlage dient. Vgl. Cic. de or.. I, 37 quod ea res in iudicium antea venisset, Savigny, System §. 226 Note a; Huschke, Zeitschr. XIII. S. 318. 320. — Neuerdings erklärt Savigny a. a. O. VI. [1847] S. 524 die praescriptio de eadem re alio modo für eine praescriptio pro actore, die der exc. rei iudicatae begegnen sollte, welche aus der Abweisung einer speciellen causa entnommen werden könnte, wenn der Kläger seinen Anspruch ohne Angabe eines Grundes erneuert. In diesem Fall hat jedoch der Kläger die Einrede weder zu fürchten, noch würde er ihrer falschen Anwendung durch ein Mittel begegnen können, welches ihm die übrigen causae für die Zukunft offen erhält: zu jenem Zweck würde nur eine replicatio brauchbar sein. R.)

i) (Dasselbe gilt von der Einrede des Vergleichs. Sie kommt als exceptio gegen die Klage aus dem Vadimonium vor: L. 2 pr. D. si quis caut. [2, 11.] L. 2 D. de transact. [2, 15]: aber auch als praescriptio L. 9 pr. eodem. R.)

quirtes Institut erwähnt, er bemerkt, daß diese Einreden nunmehr als exceptiones behandelt würden: ja diese Behandlung findet sich schon bei Cicero.[k]) Man hat dieß für eine bloß äußerliche Veränderung, die auf ihre rechtliche Natur keinen Einfluß gehabt hätte, gehalten,[l]) so daß die älteren Prätoren willkührlich gewisse Exceptionen vorangeschrieben, die späteren es für bequemer oder für eine bessere Stylisirung der Formel gehalten hätten, wenn alle Einreden beisammen stünden, ohne daß die eine oder die andere Methode den Einreden einen andern Charakter gegeben hätte. Ich halte dieß für eine von vornherein unwahrscheinliche Ansicht der Sache. In der That war jenes eine Veränderung von materieller Wichtigkeit. Sie bestand darin, daß nun die Präscriptionen mit der Form auch die Wirkung der Exceptiones erhalten hatten. Steht daher der Kläger, dem eine solche Einrede entgegengesetzt wird, nicht ab, und läßt die Formel concipiren, so wird die Sache in iudicium deducirt, und der Beklagte, wenn die Einrede richtig befunden wird, absolvirt.[m]) Dieß war denn auch ohne Zweifel der proceßpolitische Grund, aus welchem die Präscriptionen, bei denen der Kläger durch seine Hartnäckigkeit nichts wagte, abgeschafft wurden.[n]) Dagegen wurden die Präjudicien, bei denen diese Verschiedenheit der Wirkung zwischen Präscriptionen und Exceptionen vornehmlich zur Sprache kam, auf den Fall beschränkt, wenn das Judicium, auf welches verwiesen

k) (Cic. de inv. II. 20 postulat is, quicum agitur [iniuriarum], a praetore *exceptionem: extra quam si in reum capitis praeiudicium fiat.* Hic is, qui agit, iudicium purum postulat: ille, quicum agitur, *exceptionem* addi, ait, oportere. Quaestio est *excipiendum* sit an non? Folgen die Worte Note d. Dernburg, Verh. der her. per. S. 38 wiederholt mit Recht den schon früher erhobenen Einwand, daß sich hiernach keine Zeit mehr denken lasse, in welcher die Präjudicialeinreden praescriptiones gewesen wären. Allein sein Ausweg, nur die Einrede ne hereditati praeiudicium fiat für eine Präscriptio, die übrigen Präjudizialeinreden aber als alte Exceptionen anzuerkennen, ist unnöthig, weil Cicero nicht den Gegensatz von Präscriptio und Exceptio, sondern nur den eines Judicium mit und ohne Zusatz vor Augen hat. R.)

l) Savigny, System V S. 164 f. 175 f.

m) Dieß sagt auch L. 5 C. de pignor. (8, 14.)

n) (Man hat eingewendet, dies wäre ein Rückschritt von der Milde zur Strenge gewesen [Planck, Mehrheit der Rechtsstr. S. 8 Anm. 5. Dernburg, Verh. der hereditatis petitiö S. 46]. Es fragt sich aber, ob nicht schon vor Umwandlung der Präscriptio in eine Exceptio die Consumtion der Actio dennoch eintrat und nur der Judex nicht weiter fungirte: Keller, Civilproceß §. 43 S. 184. 185. R.)

wurde, noch nicht abhängig gemacht war, bloß darum, daß es noch nicht entschieden ist, kann die Einrede der minor causa nicht entgegengestellt werden.[o]) Der Name praescriptiones ist übrigens für solche Einreden, die es früher waren, noch immer in theilweisem Gebrauch geblieben, und überhaupt für die Einreden angewendet worden, welche eine Entscheidung auf die angebrachte Klage, ohne auf die Begründung dieser einzugehen, veranlassen können.[p])

c. Litis Contestatio.

CLXXII. Das Verfahren in iure hat durchaus nur den Charakter einer Vorbereitung für die eigentlichen materiell wesentlichen Momente des Rechtsstreits: Untersuchung und Urtheil. Der Rechtsstreit, lis,[a]) wird so wenig durch jenes Verfahren ganz oder auch nur theilweise erledigt, daß es vielmehr nur bestimmt ist, ihn zu förmlicher Existenz zu bringen, und dem bisher factisch bestehenden Streit die rechtliche Form zu geben.

Das Resultat der Thätigkeit des Magistrats wird daher mit den Worten bezeichnet: lis ordinata, iudicium ordinatum;[b]) in dem

o) L. 13 D. de except. (44, 1): Futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt. (Daher auch das Präsens quod praeiudicium non *fiat*. R.) Nur ist in diesem Fall ohne eigentliche Präscriptio doch eine ihr analoge Wirkung, nämlich die Anweisung an den Richter, mit der Verhandlung bis zur Entscheidung der maior causa Einhalt zu thun, beibehalten worden, L. 24 §. 3. 4. D. de lib. causa (40, 12).

p) (Dernburg a. a. O. S. 44, der nur die Einrede ne praeiudicium hereditati fiat als eine Präscriptio anerkennt, läugnet für diese Kompetenz-, Legitimations-, Verjährungs- und sonstigen dilatorischen Einreden oder Translationen jede Beziehung auf die Formel. Woher wäre aber der Name praescriptio entstanden, wenn nicht daher, daß im ordo iudiciorum diese Bedingungen des Judiciums, wenn es an Zeit fehlte, sie, wie es sich eigentlich gehörte, in iure abzuthun, als Vorfragen dem Judex überwiesen wurden. Vgl. Cic. or. part. c. 28 ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum aut, sitne actio illi qui agit, aut iamne sit, aut num iam esse desierit, aut illane lege hisne verbis sit actio, quaeritur. Quae etiamsi ante quam res in iudicium venit, confecta non sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum saepe habent pondus cel. Quintil. inst. or. VII. 5. n. 2. 3. cum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaerere non est necesse. R.)

a) (Varro de ling. lat. VIII, 93 quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis in actionibus [den Legis Actiones, vielleicht bei den praedes litis vindiciarum, Gai. IV, 16] videmus dici: quam rem sive mi litem dicere oportet. Vgl. Cic. pro Mur. c. 12. R.)

b) Noch die römischen Juristen gebrauchen diesen Ausdruck vornehmlich in

Formularproceß heißt es von dem Magistrat: dat iudicium, von den Parteien: accipiunt iudicium, und jene Bedeutung des Abschlusses der Verhandlungen in iure drückt sich in den Worten aus: lis inchoata est,[c]) von der Rechtssache wird gesagt: res in iudicium deducta est.

Es ist hier der Ort, die Wirkungen dieser Anhängigmachung und rechtlichen Ordination des Streits anzugeben.[d]) Im allgemeinen folgen sie aus der Natur der Sache, der Grundgedanke derselben muß sich in jeder Ordnung des Verfahrens finden, nur seine strenge und consequente Ausbildung und Durchführung, und die besondere juristische Gestaltung kann das besondere Eigenthum des römischen Proceßrechts, und hier wieder nach der Verschiedenheit des Verfahrens verschieden sein.

Der Zweck des Processes ist, das unter den Parteien bestrittene Rechtsverhältniß zur rechtlichen Entscheidung zu bringen. Dieß schließt von selbst in sich, daß die Parteien ihre Ansprüche, soweit dieselben in iudicium deducirt werden, von dem Erfolg der gerichtlichen Verhandlungen abhängig machen; an die Stelle ihres bisherigen (bestrittenen) Verhältnisses tritt das Proceßverhältniß und das, was es in seinen nothwendigen Folgen daraus machen wird. Daraus ergiebt sich, daß die lis inchoata folgende Wirkungen hat:

1) Consumtion des Klagrechts; die Klage kann nicht mehr angestellt werden, weil sie von diesem Proceß abhängig gemacht ist. Diese Wirkung trat ipso iure ein bei den Legis Actiones,[e]) eben so in dem Formularproceß bei einem legitimum iudicium (§. 159) in personam mit einer formula in ius concepta, in allen andern

---

Fällen, wo die legis actio sich am längsten erhielt, bei den Decemviral- und Centumviralsachen, vgl. die Stellen bei Brissonius v. ordinare.

c) S. z. B. L. 26 D. de O. et A. (44, 7) L. 44 pr. D. de iudic. (5, 1.)

d) Keller über Litiscontestation und Urtheil nach classischem R. R. 1827. (Savigny, System VI S. 256—258. — Bekker, die processualische Consumption im classischen Römischen Recht. 1853. Paul Krüger, Processualische Consumtio und Rechtskraft des Erkenntnisses. 1864. S. 1—135. R.)

e) Gai. IV. 108: — qua de re semel actum erat, de ea postea ipso iure agi non poterat —. (Donat. ad Terent. Andr. III, 1. 7 Actum est: haec res secundum ius civile dicitur: in quo cavetur, ne quis rem actam apud iudices repetat. Ad. II, 2, 24. Actum agam: proverbium, id est nihil agam. quod enim in iure semel iudicatum fuerit, rescindi et iterum agi non potest. Sic in Phormione [II, 2. 72] ne actum agas aiunt. Cic. de am. 22. acta agimus, quod vetamur veteri proverbio. R.)

Fällen, also namentlich bei allen in rem und in factum actiones hat der Beklagte gegen den Kläger, der die Klage wiederholen will, die exceptio rei in iudicium deductae (an deren Stelle, wenn sogar das Urtheil schon erfolgt ist, und nach diesem der Kläger seine Klage noch einmal anstellen will, die exceptio rei iudicatae tritt, §. 175.)[f] Eine andere Frage ist, ob es nicht doch dem Kläger möglich ist, die Klage ohne Präjudiz für ihre künftige Anstellung nach der lis ordinata fallen zu lassen, oder sonst jene Wirkung der Consumtion zu vermeiden? Dieß ist möglich auf dem Wege der in integrum restitutio, wodurch die Anstellung der Klage rescindirt, und der Kläger in die Lage versetzt wird, wie wenn er die Sache noch nicht in iudicium deducirt hätte,[g] in den Fällen, wo die Consumtion des Klagerechts durch exceptio rei in iudicium deductae geltend gemacht wird, konnte der Kläger unter Umständen sich gegen ihre Wirkung mit einer replica doli helfen.[h]

2) Verpflichtung zu dem, was das Judicium und sein Ausgang aus dem bestrittenen Rechtsverhältniß machen wird, endige es durch Condemnation oder Absolution des Beklagten. Das bestrittene Rechtsverhältniß löst sich in einen Anspruch auf Condemnation von Seiten des Klägers, auf Absolution von Seiten des Beklagten auf. Jener Anspruch auf Condemnation hängt natürlich von den Voraussetzungen (si paret u. s. f.) ab, an welche in der Formel die Anweisung an den Richter zu condemniren gebunden ist. Wo diese Voraussetzung (si paret N. N. A. A. dare oder dare facere oportere, — si paret rem A. A. esse) wörtlich genommen wird, ist sie von der gegenwärtigen Zeit: der lis ordinata, zu verstehen, so daß

f) Gai. IV. 106. 107. III. 181. Cic. de orat. I. 37: ut — petitor rursus quum peteret, ne exceptione excluderetur: quod ea res in iudicium antea venisset. Im justinianischen Recht kommt diese exceptio nicht vor; so ist sie in L. 14 §. 13 D. quod metus (4. 2) durch Interpolation (exc. *in factum*) entfernt.

g) Ulpian nach Proculus und Celsus L. 4 §. 5 D. quod cum eo (14, 5). Nach Paulus L. 4 §. 3 D. de noxal act. (9, 4) wäre auch diese Restitution (wie die der Einreden §. 170 Note x) ohne causae cognitio geschehen, was mit der Darstellung des Celsus nicht übereinstimmt. Entweder haben wir eine Rechtsänderung zwischen Celsus und Paulus (etwa durch die Redaction des Edicts unter Hadrian) anzunehmen, oder eine Interpolation der letzten Stelle durch die Compilatoren.

h) Z. B. wenn er vermöge Uebereinkunft mit dem Beklagten die Sache hatte ruhen lassen, und in Folge davon oder sonstiger Umtriebe des Beklagten die Proceßverjährung eingetreten war (§. 159).

es nur darauf ankommt, ob die Intentio zu dieser Zeit begründet war oder nicht, eine spätere Veränderung darin (z. B. Verlust des Eigenthums post iudicium acceptum) das Urtheil nicht alterirt. Wenn daher der Beklagte post iudicium acceptum zahlt, so wird er dadurch von der Condemnation nicht befreit, was er getilgt hat, ist die alte Obligatio, die durch das iudicium ordinatum schon getilgt war (er kann es daher als ohne Grund gegeben zurückfordern), nicht die auf condemnari oportere, die dadurch begründet ist, daß er zu jener Zeit noch Schuldner war, er muß also dessenungeachtet condemnirt werden. Ganz anders bei den bonae fidei iudicia, denn hier ist das Officium Iudicis frei von jener wörtlichen Auslegung der Intentio, der Richter hat nur zu condemniren, wenn es der bona fides gemäß ist, und dies ist nicht der Fall, wenn der Kläger noch vor der Sentenz befriedigt wird, eben so bei den arbitrariae actiones, denn hier ist die Voraussetzung der Condemnation, daß der Beklagte nicht noch vor der Sentenz den Kläger arbitrio iudicis befriedigt, thut er dieß, so muß er absolvirt werden (§. 166). Es war aber eine Controverse unter den Schulen: die Sabinianer behaupteten die Nothwendigkeit der Absolution bei allen Processen, omnia iudicia esse absolutoria. Die Proculianer hielten an der obigen Regel fest, mit den angegebenen in der Natur der Sache liegenden Ausnahmen.[i]) Was nun von der Zahlung post iudicium acceptum, das muß um so mehr von einer nachher eingetretenen Befreiung ope exceptionis gelten, z. B. einem Vergleich, der post iudicium acceptum geschlossen ist, und auf den der Richter in einem strictum iudicium schon deswegen keine Rücksicht nehmen kann, weil nichts davon in der Formel steht.[k])

---

i) Gai. IV. 114. Es versteht sich, daß Justinian die Meinung der Sabinianer vorzieht; damals konnte nicht mehr davon die Rede sein, wie der Judex die Formel verstehen müsse, da ihm keine gegeben war, §. 2 I. de perp. et temp. act. (4, 12.) Nach dieser Meinung wird denn auch entschieden in L. 5 pr. D. de publican. (39, 4.) Dagegen scheint es ein Versehen, daß L. 84 D. de V. O. (45, 1) von den Compilatoren aufgenommen ist: Si insulam fieri stipulatus sim et transierit tempus quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet, quod si iam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices. Vgl. Savigny, System V §. 223 Note u. Aber diese Stelle kann von einer Conventionalstrafe verstanden werden, die, wenn keine bestimmte Zeit festgesetzt ist, bis zur Anstellung der Klage soll vermieden werden können.

k) L. 23 §. 3 D. de cond. ind. (12, 6). eine Stelle, die durch Interpolation sehr verdorben ist.

Auch der Gegenstand der Verpflichtung, die durch die Ordinatio Litis entsteht, bestimmt sich durch die Formel, von ihrer Beschaffenheit hängt es ab, ob nach jenem Zeitpunkt eingetretene Thatsachen auf den Gegenstand der Condemnation und seinen Umfang Einfluß haben. Steht eine condemnatio certae pecuniae in der Formel, so kann jene Frage gar nicht entstehen. Außerdem aber ist der Grundsatz allgemein geltend geworden, daß dem Kläger alles das werden müsse, was er bei der Befriedigung zur Zeit der lis ordinata gehabt hätte, so daß also der richterliche Anschlag der Condemnationssumme sich durch nachher eintretende Umstände verändern, z. B. durch die Berücksichtigung der Nutzungen, die der Kläger hätte seit dieser Zeit beziehen können, erhöhen kann. Diese Rücksichtnahme hat bei bonae fidei iudicia und bei arbitraria ohnedieß keinen Anstand, aber auch auf die stricta ist sie angewendet worden.[l])

Endlich werden eben so die Personen, zwischen denen die Verpflichtung aus der Uebernahme des Judiciums besteht, durch die Formel (insonderheit in der Condemnatio) gegeben. Eine Veränderung derselben kann nur durch Mitwirkung des Prätors geschehen, der die

---

l) L. 31 pr. D. de reb. cred. (12, 1) L. 38 §. 7 D. de usur. (22, 1.) In der letzten Stelle werden Sabinus und Cassius dafür angeführt. — Der Werth des Gegenstandes, den der Richter ästimiren soll, ist dem Princip gemäß nach der Zeit der Litiscontestation zu bemessen, quanti res *est*, d. h. zu der Zeit, wo dieß gesagt ist, die Formel concipirt wird; so ist es in der That bei stricta iudicia, L. 3 §. 2 D. commod. (13, 6) L. 37 D. mand. (17, 1) L. 91 §. 7 D. de leg. I (30). Bei arbitrariae actiones muß dieß anders sein, der Werthanschlag ist auf eine künftige Zeit gestellt, er hängt davon ab, daß nicht die Sache selbst arbitratu iudicis restituirt wird, darum werden auch jene Worte so gefaßt: quanti res *erit* (Gai. IV. 15). Auch bei den bonae fidei iudicia gilt der Grundsatz, daß das tempus rei iudicandae zu beachten sei, L. 3 §. 2 cit., und dasselbe ist auch bei in factum actiones durch die Fassung der Condemnation auf quanti res *erit* angenommen worden (Gai. IV. 47). Zweifelhaft ist, wie nach allem dem L. 3 D. de cond. tritic., (13, 3) zu verstehen sei, wonach bei der Condictio „condemnationis tempus" zu berücksichtigen sein soll. (Savigny, System VI §. 275. 276 versteht unter der condemnatio die pars formulae, Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß XX S. 267 will „contestationis tempus" emendiren. Allein es handelt sich in der Stelle gar nicht um den Gegensatz von Litiscontestation und Urtheil, Anfang und Ende des Processes, sondern die Zeit des Processes, als Ganzes gedacht, wird dem tempus morae und mortis gegenübergestellt, so daß es auf Unterscheidung der einzelnen Proceßstadien nicht weiter ankommt. Eben so wird in L. 3 §. 3 D. de act. empti (19, 1) die Zeit vel quo venit vel quo lis in condemnationem deducitur entgegengesetzt, ohne daß es nöthig wäre, diesen Ausdruck gerade speziell auf die Urtheilszeit zu beziehen. R.)

Formel in diesem Punkt abändert, dieß heißt translatio iudicii. So wenn der Dominus post acceptum iudicium einen Stellvertreter bestellen, oder statt des bisherigen einen andern ernennen, oder selbst den Proceß übernehmen will. Die Formel ist bei einem Stellvertreter so eingerichtet, daß dieser in die Condemnatio gesetzt wird (§. 166 a. E.), jene Veränderung fordert daher eine Veränderung der Formel, die nur durch den Prätor möglich ist, und von diesem nur nach causae cognitio, also ex iusta causa gewährt wird. [m]) Diese Translatio geschieht auch auf die Erben der Parteien, [n]) bei den Erben des Beklagten auf Antrag des Klägers, [o]) und so auch in anderen Fällen. [p])

Die bisher aufgestellten Sätze sind als Wirkungen des iudicium ordinatum oder acceptum, der lis inchoata bezeichnet worden. Es ist aber um dieser Folgen willen von Wichtigkeit, genau zu bestimmen, wann lis inchoata sei, da dieser Anfang aus einem Complex von Handlungen besteht, die möglicherweise nicht alle an demselben Tag vorgenommen werden. Der Zeitpunkt, wo jene Wirkungen eintreten, läßt sich im allgemeinen so bestimmen: die Aufgabe des Verfahrens in iure ist eben die Ordinatio Judicii, jene Wirkungen also werden in dem Moment eintreten, wo das Verfahren in iure beendigt ist. Wir werden es ganz natürlich finden, wenn dieser Zeitpunkt durch eine förmliche Handlung bezeichnet und constatirt wird, und eine solche kommt nun in der That vor. Die Römer gebrauchen für den Punkt, wo jene Wirkungen eintreten und von dem sie sich ableiten, den Ausdruck Litis Contestatio, dieser schreiben sie die Wirkungen zu, post litem contestatam ist der Sache nach gleichbedeutend mit: post iudicium ordinatum, acceptum, litem inchoatam. Offenbar ist es ein specieller Act, der, wenigstens ursprünglich, mit jenem Wort bezeichnet wird. Von welcher Beschaffenheit ist er?

Wir finden zwei Beschreibungen davon in unsern Quellen, beide sehr unzulänglich, um die Beschaffenheit der Handlung daraus zu entnehmen; die eine, ein Bestandtheil des justinianischen Rechts

m) L. 16—27. 46 pr. D. de procur. (3, 3.)

n) L. 8 §. 1 D. de fidei. tut. (27, 7) L. 29 D. de op. libert. (38, 1.)

o) L. 4 C. de in litem iur. (5, 53.)

p) L. 57 D. de iudic. (5, 1) L. 15 D. de noxal. act. (9, 4) L. 24 §. 4 D. de lib. causa (40, 12). Vgl. Zimmern, Civilproc. §. 119 a. E.

und ohne Zweifel interpolirt, beschreibt nicht den Act selbst, sondern setzt vielmehr voraus, daß ein solcher besonderer Act nicht mehr üblich, und giebt an, wann die Litiscontestation als geschehen zu betrachten ist,[q]) die andere enthält wenig mehr, als was sich aus dem Wort und aus der Theorie des Instituts selbst ergiebt.[r]) Gewiß ist, daß der Act in einer Zeugenaufrufung bestand, und zwar von Seiten beider Parteien (daher contestari); wahrscheinlich, daß er vor Gericht geschah; bestritten ist es, ob er in iure oder in iudicio vorgenommen worden sei.[s]) Wäre das Verfahren in iudicio mit der Litiscontestation eröffnet worden, so müßte sie identisch sein mit der causae coniectio, von der Gaius spricht (IV. 15), aber daß diese etwas ganz anderes war, und nicht in einer Zeugenaufrufung bestand, geht aus dieser Stelle selbst klar hervor,[t]) jene Meinung indessen selbst gründet sich nur auf die Note q citirte Stelle, die einmal gerade in den hierher gehörigen Worten wahrscheinlich interpolirt ist, dann aber, wenn dieß nicht der Fall wäre, in der That das Gegentheil enthalten würde, da sie beim Anfang des Judiciums die L. C. als schon geschehen darstellt.

Ueber die Geschichte der Litis Contestatio sind zwei verschiedene Meinungen aufgestellt worden. Nach der einen[u]) ist diese feierliche Handlung ursprünglich für das Verfahren mit Legis Actio entstanden, und vornehmlich dazu bestimmt gewesen, die Verhandlungen in iure, da sie rein mündlich waren, zu constatiren und durch die Zeugen dem Richter eine legale Kenntniß davon zu verschaffen. Im Formularproceß war sie sonach nicht mehr Bedürfniß, sie wurde aber anfangs auf ihn herübergenommen, und erst später kam sie

q) Sever. et Antonin. L. un. C. de litiscont. (3, 9): Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, quum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.

r) Paul. Diac. ex Festo: Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.

s) Vgl. über diese Frage Keller, Litiscont. §. 3—5, der die richtige Beantwortung derselben vollständig gerechtfertigt hat.

t) Eben so aus Gell V. 10: — petere instituit ex pacto mercedem, litem cum Euathlo contestatur et quum ad iudices coniiciendae consistendaeque causae gratia venissent —.

u) Keller a. a. O. §. 1.

außer Gebrauch, wo dann der Ausdruck, ohne daß damit noch ein specieller Act gemeint war, den Zeitpunkt der Beendigung des Verfahrens in iure, also die Vollziehung dieses Verfahrens vom Standpunkt der Parteien aus bezeichnet. Nach der andern Meinung v) gab es zur Zeit der Legis Actiones keine besondere L. C., jene waren vielmehr selbst die Litiscontestation, wenn man so sagen will; sie ist für den Formularproceß eingeführt, um der Verhandlung und ihrer Wirkung eine Solennität zu geben, die sie nicht an sich besaß, so daß also die Legis Actio dadurch gleichsam in das Verfahren durch Formulä herübergenommen, nur aber auf eine Schlußhandlung concentrirt ward. — Das Richtige scheint folgendes zu sein. Die L. C. hatte nicht den Zweck, die Kunde des in iure Verhandelten für den Richter zu erhalten, darin liegt der Irrthum jener ersten Ansicht, sondern sie war eine reine Solennität, welche die Beendigung des Verfahrens in iure, die Anhängigkeit des Processes und den Eintritt ihrer Wirkungen bezeichnen sollte. Diese bedeutende Wendung der Sache sollte nicht stillschweigend eintreten, sondern durch einen feierlichen Act markirt werden. Das war dem älteren Rechtsbewußtsein überhaupt gemäß, es hatte aber noch den schon oben angedeuteten Vortheil, daß der Anfangspunkt jener Wirkungen außer allen Zweifel gesetzt wurde. Damit fällt aber zugleich jeder Grund weg, diese Solennität für die Zeit des Verfahrens durch Legis Actiones zu läugnen, so wie auf der andern Seite ihrer Uebertragung auf den Formularproceß nichts entgegenstand. Dieß schließt indessen nicht aus, daß sie für diesen letzten eigentlich etwas fremdartiges hat, erst entstanden für ihn wäre der Gebrauch gewiß nicht, daß man eine so ganz und gar nur auf die Sache berechnete und von allen Feierlichkeiten entblößte Verhandlung, wie sie hier von dem Magistrat stattfand, mit solennen Sprüchen und Zeugenaufrufungen beschlossen hätte. Kein Wunder daher, wenn in der dritten Periode diese antiquitas abkam, und mit Beibehaltung des Ausdrucks litis contestatio zur Bezeichnung der Quelle jener Wirkungen, darunter kein besonderer Act mehr, sondern das Verfahren in iure überhaupt als ein geschlossenes verstanden wurde. w)

v) Heffter, Institut. des röm. und teutschen Civilprocesses (1825) S. 281 f. 295, und vornehmlich Bethmann-Hollweg, tübing. krit. Zeitschr. V S. 76. (Vgl. Röm. Civilproceß Bd. I S. 178. R.)

w) Damit hängt zusammen, daß litem contestari vorzugsweise von dem

Ueber die Bedeutung der L. C. ist noch eine eigenthümliche Meinung zu erwähnen, der wir eine größere Wichtigkeit als den Differenzen über die so eben berührten Punkte zuschreiben müssen, da sie erheblichere Irrthümer als diese zur Folge haben kann oder muß.

Die Wirkungen der Litiscontestation sind oben so dargestellt worden, daß sie aus der Natur des Processes, aus der Ordination des Judiciums selbst folgen, also von dem Act der Litiscontestation insofern unabhängig sind, als dieser nun um des angegebenen Zwecks willen hinzukam, und nun freilich wesentlich war, daß aber, auch wenn er nicht in dem römischen Proceßrecht vorkäme, jene Wirkungen doch anerkannt worden wären. Mit einem Wort: die L. C. ist nicht eigentlich die Quelle jener Wirkungen, sondern sie bezeichnet sie nur, sie hat also, wenn man will, einen symbolischen Charakter. Mehrere Gelehrte dagegen verstehen die Wahrheit: jene Momente sind Wirkungen der L. C., also, daß gerade in diesem Act selbst die eigentliche Quelle jener Wirkungen liege. Dieß hat nun darauf geführt, die L. C. als einen Contract zu betrachten, durch welchen die Parteien jene Wirkungen herbeiführen, indem sie sich dadurch verpflichten, ihre Ansprüche von dem Erfolg des Processes abhängig zu machen, dem künftigen Urtheil sich zu unterwerfen, und auf jede sonstige Geltendmachung zu verzichten. x) Diese Ansicht der Sache ist, wenn ich nicht irre, schon dadurch ausgeschlossen, daß diese Wirkungen, die sie aus einem Vertrag ableiten will, aus der Natur des Processes selbst schon mit Nothwendigkeit sich ergeben, ohne daß wir, auch für die besondere Gestalt, die sie im römischen Proceß angenommen haben, einer weiteren Erklärung dafür bedürfen. Dieser Ursprung derselben aus dem Wesen des Processes hindert nicht, die L. C. als ein Rechtsgeschäft mit verpflichtender Wirkung zu betrach-

Kläger gesagt wird (wie iudicium accipere von dem Beklagten), denn der Kläger ist es, auf dessen Anträgen die wesentlichen Bestandtheile des Verfahrens in iure und namentlich der Formel beruhen.

x) M. S. Mayer, die Litis Contest. geschichtlich dargestellt 1830. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. VII. 7. Gegen diese Abhandlungen ist gerichtet Danz, de litis cont. quae fuit tempore legis actionum 1831. Huschke, Nexum [1846] S. 10 Note 14. Für die Contractsnatur dagegen erklären sich neuerdings Liebe, Stipulation S. 235, Savigny, System VII S. 27 [1848]. Vgl. auch Plaut. Cas. III, 2. 31 ego quid contrahere cupio litigii inter vos. Cic. de leg. III. 3. 6 lites contractas iudicanto [decemviri stlitibus iudicandis] L. 3 §. 11 de pecul. [15, 1] indicio contrahi. R.)

ten, als einen Quasicontract, an den sich jene Folgen äußerlich anknüpfen, aber er schließt schlechterdings die Auffassung der L. C. als einen Contract aus, wobei jene Wirkungen wesentlich auf die in dieser Absicht vorgenommenen Erklärungen gestellt werden. Man könnte nun jene Vorstellung noch dadurch zu retten suchen, daß man den „Vertrag" der L. C. nur als eine äußere Bekräftigung und als Zeichen des schon an sich begründeten Verhältnisses ansähe, ähnlich wie eine Stipulation, die zu einem Darlehen hinzukommt. Damit würde man der Sache nach schon in das Gebiet der richtigen Ansicht hinübergegangen sein, aber es wäre noch immer eine höchst unwahrscheinliche Erklärung: die Privathandlung vor Zeugen sollte den Römern als eine kräftigere Solennität erschienen sein, als die Handlungen vor dem Prätor? Das Umgekehrte wäre eher denkbar. Man müßte denn glauben, den Römern hätte es in den Sinn kommen können, eine In Iure Cessio z. B. erst durch eine Mancipation zu solennisiren und zu bekräftigen. [y]

CLXXIII. Es giebt Fälle, wo die Verhandlung in iure nicht zur Ordinatio Iudicii führt, also keine Litis Contestatio enthält. Vor allem ist dieß der Fall, wenn der Beklagte des Anspruchs des Klägers in iure, also vor dem Magistrat und in Gegenwart des Klägers, geständig wird. Dieses Geständniß heißt confessio in iure. [a] Der Natur der Sache nach ist in diesem Fall von einem Rechtsstreit nicht mehr die Rede, zu einem Iudicium ist keine Veranlassung mehr, es ist nichts mehr zu untersuchen, der Confessus hat sich gewissermaßen selbst verurtheilt, es ist natürlich, daß jene Confessio dem Urtheil in ihren Wirkungen gleichgestellt wird. Doch wird dieß von dem Umfang und Gegenstand des Geständnisses abhängen. Vor allem wird es noch immer zu einem Iudicium kommen, wenn der Beklagte die Ansprüche des Klägers nur theilweise zugesteht, wo also noch immer ein Rechtsstreit zurückbleibt. Sodann hat der Gegenstand, auf den das Geständniß gerichtet ist, auf jene Wirkung Einfluß. Die Zwölf Tafeln haben die einer Geldschuld

---

y) (Die Wirkungen der Litiscontestation theils durch Cautionen (stipulationes praetoriae) theils durch Proceßstrafen verstärkt. Davon handelt Bethmann-Hollweg II S. 104. R.)

a) Dig. XLII. 2. Cod. VII. 59: de confessis. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 261—276. (Savigny, System VII S. 6—39. R.)

Geständigen den iudicati gleichgestellt. [b]) In dem Formularverfahren mußte man dabei stehen bleiben, weil die Sentenz stets auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet war, nur eine Confessio auf denselben Gegenstand konnte ihr daher vollkommen gleichgestellt werden, nur dann also galt der Grundsatz vollständig: confessus pro iudicato est. [c]) Indessen gieng man nachher allmählich weiter, und kam endlich (wofür eine oratio D. Marci angeführt wird) zu dem Satz, daß bei jeder Confessio in Iure, auch wenn sie nicht eine bestimmte Geldsumme zum Gegenstand habe, das Zugestandene so behandelt werden müsse, als wenn es durch eine rechtskräftige Sentenz festgestellt worden wäre. Es wird daher, wenn die Confessio nicht auf eine bestimmte Geldsumme geht, zwar ein Iudicium gegeben, aber nicht de re iudicanda, sondern aestimanda. [d])

Eine gleiche Wirkung, wie durch confessio in iure, kann durch einen Eid hervorgebracht werden, der dem Gegner über das streitige Verhältniß in iure deferirt wird. [e]) Diese Eideszuschiebung tritt

---

b) Gell. XX. 1.

c) L. 6 §. 1 D. de confess. (42, 2.) Paul. sent. V. 5 a, 2.

d) L. 56 D. de re iud. (42, 1.) So wenn der mit der actio legis aquiliae Belangte die Beschädigung eingesteht, aber eine Differenz über den zu ersetzenden Werth besteht, L. 25 §. 2, L. 26 D. ad L. aquil. (9, 2), ferner wenn das Eigenthum zugestanden wird, und der Confessus nicht restituirt, L. 6 §. 2 D. de confess. (42, 2.) (Auf dieses arbitrium litis aestimandae bezieht Huschke, Recht des Nexum S. 163 Note 243, die Siglen Q. A. N. N. = quando ais neque negas; natürlicher wäre es, sie von der Confessoria, wie die entgegengesetzte §. 161 k von der Negatoria zu verstehen, allein der ächte Probus §. 4, 3 hat die Note überhaupt nicht, sondern statt derselben vielmehr Q. N Q. A. N. Q. N. = quando neque ais neque negas. R.)

e) Dig. XII. 2: de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. (Savigny, System VII. S. 47—84. R.) Voluntarium heißt das iusiurandum, wenn es rein von dem Willen dessen, dem der Gegner es anbietet, abhängt, ob er schwören (und dadurch seine Behauptung wahr machen) will, oder nicht, necessarium, wenn der, von dem er verlangt wird, den Eid nicht einfach verweigern kann. Ein solcher ist der in iure angebotene Eid, der geschworen oder zurückgeschoben (dem Deferenten zugemuthet) werden muß, die einfache Weigerung wird als Geständniß behandelt: manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec iurare nec iusiurandum referre, L. 38 D. eod. Im prätorischen Edikt stand: eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam, L. 34 §. 6 D. eod. Ausnahmen: pupillo non defertur iusiurandum, L. 34 §. 2 eod. Procurator non compellitur iurare nec defensor, L. 34 §. 3 eod. Sacerdotem vestalem et flaminem dialem in omni mea iurisdictione iurare non cogam, Gell. X. 15 aus dem edictum perpetuum.

an die Stelle der Litiscontestation,[f]) der Eid (oder seine Verweigerung) an die Stelle des Judiciums,[g]) schwört der Beklagte, so hat er gegen die Klage die exceptio iurisiurandi, analog der exceptio rei in iudicium deductae und rei iudicatae,[h]) schwört der Kläger, so hat er eine Klage, analog der actio iudicati.[i]) Iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet, non immerito, cum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei iusiurandum.[k])

Die Litis Contestatio kann endlich wegfallen durch Weigerung des Beklagten, das Judicium zu übernehmen, und auch hier kann die Folge eintreten, daß er wie ein Judicatus behandelt wird. Diese Weigerung kann begründet sein durch Umstände, welche die Klage sofort, und ohne daß noch für eine Untersuchung Raum ist, als unbegründet darstellen, und die Denegation derselben durch den Prätor zur Folge haben (§. 163 a. E.). Ferner durch solche Einreden, die als Präscriptiones gefaßt werden (§. 171); da aber die Formel hier doch gegeben, das Judicium ordinirt wurde, so übernahm der Beklagte demnach eventuell den Proceß, nur war im Fall der Begründung der Einrede die Litis Contestatio als nicht geschehen zu betrachten. Anders als die Präscriptiones wegfielen und als Exceptiones gegeben wurden (§. 171 a. E.), eine exceptio ist nach dem Recht der Zeit, von der hier die Rede ist, nicht möglich ohne iudicium acceptum. Der Einwand der Incompetenz jedoch (praescriptio

f) L. 28 §. 2 D. de iudic. (5, 1): ex quibus causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit.

g) (Der Eid hat eine „iurandi formula iuris" [Ovid heroid. ep. 21, 133] und concepta verba [Macrob. sat. I. 6] wie das Judicium: entweder in ius — rem suam esse, usumfructum se habere, se patronum esse, sibi dari oportere — oder in factum: se vendidisse, se dedisse in dotem, se pignori dedisse. Die Uebereinstimmung tritt jedoch nur hervor, wenn der Beklagte über die Intentio oder Demonstratio, oder wenn der Kläger über deren Gegentheil — rem petitoris non esse, se dare non oportere [§. 216 p] den Eid deferirt. Daran aber sind die Parteien nicht gebunden, der Eid kann auch über das Recht des Possessor — rem possessoris esse — angetragen werden, obgleich dieses weder in der formula petitoria, noch im Urtheil zum Vorschein kommt. L. 11 §. 1. 2 D. de iureiur. [12, 2.] R.)

h) L. 7. 9 pr. 11 pr. D. de iureiur. (12, 2.)

i) L. 9 §. 1, L. 11 §. 3 D. eodem. L. 8 C. de reb. cred. (4, 1): actori — si iuraverit — ad similitudinem iudicati in factum actio competit.

k) L. 1 pr. D. quar. rer. actio (44, 5).

fori) wurde nun stets von dem Magistrat selbst untersucht und schloß daher, wenn er ihn begründet fand, die Litiscontestation aus.

Der Beklagte kann endlich die Uebernahme des Judiciums durch die Behauptung verweigern, daß er nicht der rechte Beklagte sei, z. B. bei den Klagen gegen den Besitzer einer Sache, daß er nicht, oder nicht zu dem Theil oder aus dem Grund Besitzer sei, den die Klage voraussetzt. Dieß giebt Veranlassung zu einer vorausgehenden Verhandlung und Entscheidung über diese Frage, und zwar durch ein Interdict, bei welchem nur die Frage ist, ob der Beklagte wirklich besitzt; wird er als Besitzer befunden, so wird er nun nicht etwa gezwungen, das Judicium zu übernehmen, sondern er muß den Besitz an den Kläger herausgeben. [l] Aber es ist auch ein anderes Verfahren möglich; der Kläger kann nämlich auf seiner Klage beharren, das Judicium wird ordinirt, mit Anweisung an den Richter, jenen Einwand des Beklagten zu untersuchen, wo also die Litis Contestatio nicht ausgeschlossen, aber der Beklagte, wenn seine Behauptung sich als richtig erweist, absolvirt wird. [m] Dieses letzte Verfahren (in vielen Fällen das ausschließliche) ist für den Beklagten ganz unbedenklich, er verliert durch die Uebernahme des Judiciums seinen Einwand nicht, vielmehr wird er, wenn derselbe begründet befunden wird, definitiv von der Klage losgesprochen. Dagegen kann es gefährlich für den Kläger werden, wenn er jemanden belangt, von dem sich nachher in iudicio ergiebt, daß er in der Art wie der Kläger klagte, nicht der rechte Beklagte war. So wenn jemand mit der condictio certi gegen den Erben seines Schuldners klagt auf das

l) Darauf beziehen sich die interdicta: quem fundum, quam hereditatem, quem usumfructum bei angestellten in rem actiones, Endlicherisches Fragment der Inst. Ulpian's, Vat. fragm. 92. Ein ähnliches Verfahren fand bei der actio damni infecti Statt, wenn der Beklagte behauptete, die gefährdende Sache gehöre ihm nicht, L. 10. 20 §. 2 D. de interr. in iure (11, 1). — Eine gleiche Behandlung bei Servitutenklagen s. in L. 15 D. de op. novi nunt. (39, 1) (L. 7 D. de aqua quot. [43, 20], Zeitschr. für gesch. R. W. XI. S. 357 Note 26. R.)

m) So bei der Noxalklage gegen den Eigenthümer des beschädigenden Sclaven oder Thiers, wenn er das Eigenthum läugnet. Er verliert hier zur Strafe seines Läugnens die noxae deditio, L. 22 §. 4 D. de noxal. act. (9, 4) L. 17 D. de interr. in iure (11, 1). Auch bei der Eigenthumsklage stand dieser Weg offen, wie sich ergiebt aus L. 9 pr 17 D. de exc. rei iud. (44, 2.) Die nachher zu erwähnende Gefahr für den Kläger trat aber hier nicht ein. Er konnte von neuem klagen gegen den aus diesem Grund Absolvirten, wenn derselbe nachher Besitzer geworden war.

Ganze, während er nur zum Theil Erbe ist, überhaupt auf eine größere Summe, als dieser nach seinem Erbschaftstheil zu leisten hat; hier wird er wegen der Pluspetitio abgewiesen und verliert sein Recht. Um diesem Uebelstand zu begegnen, hat der Prätor die interrogationes in iure eingeführt,[n] durch welche der Beklagte aufgefordert wird, zu erklären, ob und zu welchem Theil er Erbe sei,[o] und diese Fragen läßt er auch in andern Fällen zu, wo ein rechtliches Interesse des Klägers zur Vorbereitung und Formation seines Anspruchs es erheischt.[p] Was der Beklagte auf die Interrogatio zugesteht, wird zwischen den Parteien, soweit es zu seinem Nachtheil ist, als wahr behandelt,[q] verneint er, oder, was für dasselbe gilt, antwortet er nicht,[r] so stehen nun dem Kläger die oben angezeigten Wege offen. Stellt er hiernach die ursprünglich beabsichtigte Klage an, so heißt sie jetzt interrogatoria actio, indem sie einen die Interrogatio und ihren Erfolg betreffenden Zusatz erhält, sei es, daß der Beklagte 1) durch seine Antwort etwas zugestanden hat,[s] oder daß er 2) eine dem Anspruch des Klägers nachtheilige oder keine Wort gegeben hat, im letzten Fall wird durch den Zusatz bewirkt, daß der Kläger durch eine Pluspetition nicht sachfällig wird. In einer Pandektenstelle wird gesagt: die interrogatoriae actiones seien außer Gebrauch gekommen, während die interrogationes selbst offenbar als ein geltendes und übliches Institut dargestellt werden.[t] Dieß erklärt sich so:

n) Dig. XI. 1: de interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus. (Bruchstücke des Edicts: qui in iure interrogatus responderit — omnino non respondisse. L. 4 §. 1, L. 11 §. 5 D. eod. R.)

o) L. 1 pr. D. eod.

p) (Dahin gehört schon in der alten Vindicatio die Frage des Klägers an den Beklagten über die causa der Contravindicatio: postulo anne dicas, [sed anne tu dicis] qua ex causa vindicaveris? und an den mit erschienenen Auctor des Beklagten quando in iure te conspicio, postulo anne far (fas, fiat, fias) auctor [Valerius Probus §. 4 n. 7: Q. I. I. T. C. P. A. F. A. Cic. pro Mur. 12 Caes. 19], die man nicht mit Mommsen ad legem de scribis et viatoribus et de auctoritate [1843] für die actio auctoritatis des Beklagten gegen den Litisdenunciaten halten darf. Die Verweigerung der Antwort darauf heißt (auctoritatem) defugere. Plautus Poen. I. 1, 17. Terent. Eun. II. 3, 98. L. 139 §. 1 D. de V. O. (45, 1.) R.)

q) L. 11 §. 1. 9 D. eod.

r) L. 11 §. 5. 7 D. eod. (Valerius Probus §. 4 n. 3: Q. N. Q. A. N. Q. N. = quando neque ais neque negas. R.)

s) L. 22 D. eod.

t) L. 1 §. 1 D. eod. Man hat sich damit zu helfen gesucht, daß die Stelle eine Interpolation der Compilatoren sei (s. Zimmern, Civilproc. §. 125 Note 12),

es ist dabei nur von dem zweiten der eben angegebenen Fälle die Rede; hatte nun hier der Beklagte gar nicht geantwortet, so wurde er als einer, der die Einlassung ohne Grund verweigert, behandelt, hatte er verneint, so fand man unbillig, den Kläger von jenen nachtheiligen Folgen der ungehörigen Klage zu entbinden, es fiel also dort wie hier die besondere Gestaltung der Klage als interrogatoria actio weg.

Wenn nun der Beklagte ohne Grund das Judicium zu übernehmen sich weigert, so wird er als indefensus betrachtet, er gilt als damnatus (§. 160).[u])

C. Verhandlungen in Judicio.

a. Beweis.

CLXXIV. Die Aufgabe des Richters ist, die Sentenz zu sprechen, die ihm in der Formel aufgetragen wird. Die Bedingung, von der das Condemniren oder Absolviren abhängig gemacht ist (si paret — si non paret), enthält die Anweisung, die Thatsachen, die unter den Parteien bestritten sind, zu untersuchen, und die rechtlichen Grundsätze, die darauf anzuwenden sind, zu erkennen (auch dieß ist in dem si paret begriffen). Auf den ersten Punkt bezieht sich der Beweis, der von den Parteien erwartet wird: die Thätigkeit der Parteien, welche darauf gerichtet ist, den Richter von der Wahrheit der Thatsachen, deren Beweis ihnen obliegt, zu überzeugen. Damit verbindet sich zugleich die rechtliche Ausführung ihrer Sache, die Exposition der Rechtsgründe, welche sie für sich anzuführen vermögen, und durch die sie den Richter zu einer für sie günstigen Entscheidung zu bestimmen suchen.

Zu diesem Behuf traten vor dem Richter die oratores oder patroni der Parteien auf (§. 155), die vor allem durch längere, zusammenhängende Reden (continua oratio, peroratio) die Sache ihrer

aber damit wäre, wenn beide Institute wesentlich von einander abhiengen, nichts gewonnen, weil die Schwierigkeit aus dem ältern Recht nur auf das Gebiet des justinianischen verlegt wäre, wo die Interrogationen ja auch noch als ein praktisches Institut vorkommen. Verändert ist die Stelle wahrscheinlich, aber nicht in der Thesis überhaupt, sondern in ihrer Erläuterung und vielleicht ihrem Umfang.

u) Lex rubria cap. 21. 22. L. 52 D. de R. I. (50, 17): non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem.

Partei darstellten und ausführten, worin factische und rechtliche Deduction gemischt waren. In Beziehung auf jene wurden schon hier die verschiedenen Beweismittel, die der Partei zu Gebote standen, erwähnt und gebraucht; nachher aber wurden in der eigentlich so genannten probatio diese Mittel, die Behauptungen zu bewahrheiten, noch besonders zusammengefaßt, womit sich die altercatio verbindet, wo die Parteien oder ihre Patrone in kürzeren Reden und Gegenreden ihren Beweis hervorzuheben, den des Gegners als nicht gelungen darzustellen oder (z. B. durch Gegenfragen [interrogationes] an die von ihm producirten Zeugen) zu schwächen suchen.[a]) Für alle diese Verhandlungen ist keine bestimmte Form vorgeschrieben, ihre Form bestimmt sich daher lediglich durch den Zweck, den sie haben, und durch die Convenienz der dabei thätigen Personen, so wie durch das sie leitende Amt des Richters;[b]) doch pflegten die Reden der Parteien oder ihrer Patroni den Zeugenvernehmungen voranzugehn.[c])

Die Beweismittel, wodurch die Parteien dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit ihrer factischen Behauptungen verschaffen, werden überhaupt instrumenta oder documenta genannt.[d]) Als solche gelten den Römern zunächst die Spuren, welche die beweisende Thatsache selbst bei ihrem Eintritt zurückgelassen hat, so namentlich in einer Schrift, die darüber aufgenommen worden, oder in der Erinnerung einer Person, die dabei gegenwärtig gewesen.[e]) Auf

---

a) Quintil. inst. or. VI. 4. (Schol. bobiensia in orat. Cic. de aere alieno Milon. p. 342 [Orell.] proprie namque interrogatio dicebatur, qua testes redarguebantur. Pseudo-Ascon. in Verr. 1. 33 §. 84 interrogabatur autem et ab eo, contra quem productus est. R.)

b) Cic. pro Quint. 9. Vgl. z. B. über die Fristen (dilationes), die der Richter verwilligen kann, Cic. pro Tull. § 6 (Or.) pro Caecin. c. 2 §. 6, L. 7 D. de fer. et dilat. (2, 12), L. 36 pr. D. de iudic. (5, 1.) Ueber die Zeit und den Ort der Verhandlungen s. oben §. 158.

c) (Macrob. sat II 12. veniunt in comitium — iubeat dicere. Quorum negotium est, dicunt. Iudex testes poscit — tabulas poscit, litteras inspicit. R.)

d) L. 1 D. de fide instrum. (22, 4): instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest, et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur.

e) (Gell. XIV. 2 probari debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione — si neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tum apud iudicem, qui de ea re cognosceret, uter

jenes bezieht sich der Beweis durch Schrifturkunden, instrumenta im engern Sinn,[f] auf dieses der Beweis durch Zeugen.[g] In Beziehung auf beide gaben die juristischen Schriften und so auch die Constitutionen der Principes den Richtern mehrfache Anweisung, unter welchen Voraussetzungen sie als glaubwürdig zu betrachten seien, aber man war weit entfernt, das Ermessen des Richters überall durch bestimmte Vorschriften über das Maß ihrer Glaubwürdigkeit (z. B. über die Zahl übereinstimmender Zeugenaussagen, welche zu seiner Ueberzeugung nöthig wäre) zu beschränken.[h] Es liegt in der Natur der Sache, daß auf Urkunden das höchste Gewicht bei der Beweisführung gelegt wurde, man gestattete gegen ihren Inhalt, wenn ihre Aechtheit unangefochten war, nur unter Umständen einen Beweis durch Zeugen,[i] und betrachtete diesen letzteren überhaupt mehr als eine Unterstützung anderer Beweisgründe, denn als eine selbstständige Beweisführung,[k] doch wird wiederholt eingeschärft, daß der Verlust der Urkunde, welche über das fragliche Rechtsgeschäft aufgenommen worden, keineswegs als ein Hinderniß, die Wahrheit der Thatsache zu erforschen, angesehen werden dürfe. Der Regel nach waren die Zeugen vor den Richter zu stellen, und hatten vor ihm ihre Aussage mündlich zu machen,[l] der Richter

---

ex iis vir melior esset quaereretur: [durch eine Sponsio: ni vir melior esset oder ni vir bonus esset. Cic. de off. III. 19. Val. Max. VIII. 2, 4] et si pares essent, seu boni pariter, seu mali, tum illi, unde petitur, crederetur ac secundum eum iudicaretur. R.)

f) Dig. XXII. 4. Cod. IV. 21: de fide instrumentorum et amissione eorum.

g) Dig. XXII. 5 Cod. IV. 20: de testibus.

h) Ein Rescript Hadrian's in L. 3 §. 2 D. de testib. (22, 5) drückt sich darüber so aus: Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non ubique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas aut parum probatum tibi opineris (Cicero legt großes Gewicht auf die Civität [pro Font. c. 7. 9. pro Flacco 4, 5. 8. 10. 11. 25. 27], den Reichthum [pro Rosc. com. 15 vgl. Iuvenal. 3, 137—146], den Stand, das Alter und den Ruf der Zeugen u. s. w. R.)

i) L. 1 C. de testib. (lex restituta), Paul. sent. V. 15, 4. Vgl. L. 7 §. 12 D. de pact. [2, 14.)

k) L. 2. 4. 5 C. de testib. (4, 20) vgl. L. 1 §. 1 D. eod. (22, 5.)

l) Constantin schreibt eine Vereidigung derselben vor, L. 9 pr. C. de te-

konnte die Zahl der zu evocirenden Zeugen nach Ermessen beschränken, damit nicht durch ein Uebermaß der Proceß hingezogen, oder die Wahrheit verdunkelt werden möchte (die gesetzlichen Beschränkungen bezogen sich nur auf die Criminalprocesse.[m]) Beibringung einer beglaubigten schriftlichen Aussage eines abwesenden Zeugen (recitatio testimonii) war nicht ausgeschlossen, es versteht sich aber, da dem Richter der persönliche Eindruck, dem Gegner die Möglichkeit des Gegenexaminirens entgieng und überdieß die Beeidigung hier wegfiel,[n]) daß ein solches Testimonium dem mündlichen an Glaubwürdigkeit bedeutend nachstand.[o]) Hier entsteht die Frage, wieweit ein Zwang zur Ablegung eines Zeugnisses, zu dem man aufgefordert wurde, stattfand. Wer als Mancipationszeuge oder Libripens sich hatte zuziehen lassen, hatte damit die Verpflichtung übernommen, künftig über diesen Act Zeugniß abzulegen, die Zwölf Tafeln sprachen gegen den sich Weigernden die Infamie und Intestabilität aus (§. 216 Note i), dasselbe galt wohl auch von andern Fällen eines bei einem auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Act gegebenen Solennitätszeugnisses (z. B. bei der In Ius Vocatio), ein directerer Zwang zur Erfüllung der in dieser Theilnahme liegenden Zu-

stib. (4, 20.) In Criminalsachen war sie schon viel früher Rechtens. (Aber auch in Civilsachen wird sie bereits von Seneca [de ira II. 29: de parvula summa iudicaturo tibi — testis sine iureiurando non valeret], Quintilian [s. Note n], Juvenal [3, 144—160] als üblich vorausgesetzt. — Aussagen auf der Folter sind keine testimonia, sondern quaestiones; testis ist nur der Freie: Tac. ann. II. 28, satis testium et qui servi eadem noscerent repperit. R.)

m) L. 1 §. 2 D. de testib. (22, 5.)

n) (Quintil. I. O. V. 7 §. 32 saepe inter se collidi solent inde testatio hinc testes: locus utrinque: haec enim se pars iureiurando, illa consensu signantium tuetur. Dagegen pflegte man die Aechtheit [nicht die Wahrheit] schriftlicher Privatzeugnisse durch Hand und Siegel erbetener signatores bezeugen zu lassen. Cic. in Verr. V. 29, pro Quinct. c. 6. c. 21. Tusc. V. 11, pro Flacco c. 9. Ob die Zeugnisse öffentlicher Korporationen eidlich ausgestellt wurden, steht dahin. R.)

o) L. 3 §. 4 D. de testib. (22, 5.) (Dagegen hatte die beglaubigte Abschrift einer Urkunde [descriptum et recognitum] gleiche Kraft mit dem Original. Die Beglaubigung geschah in früherer Zeit, als die Tabellionen noch keinen öffentlichen Glauben genossen, durch sieben Zeugen. Mommsen, de collegiis et sodaliciis romanorum. Accedit inscriptio lanuvina. [1843] p. 104. Derselbe in den Verhandl. der sächs. Gesellsch. 1851 S. 372—378. Huschke, Zeitschr. für gesch. Rechtsw XII S. 194. 195. R.)

sage fand nicht Statt. Ein solcher trat im Criminalverfahren ein, in Folge einer denuntiatio testimonii von Seiten des Anklägers (oder auch des Angeklagten) [p]) und einer evocatio durch den Prätor oder Judex Quästionis, [q]) und diese denuntiatio mit ihrer Folge (jedoch unter der Beschränkung auf zehn Zeugen) kommt auch bei einigen iudicia privata vor, regelmäßig findet sie hier keine Anwendung. [r])

Zu dem Inhalt der Urkunden und den Aussagen der Zeugen kommt als Beweisgrund für den Richter noch hinzu das Geständniß in iudicio, welches nicht wie die confessio in iure die Stelle des Urtheils vertritt, sondern nur einen Beweis liefert, also zur Begründung des Urtheils dient; es ist nicht an eine gewisse Form gebunden, und die Beurtheilung seiner Zuverlässigkeit ist eben so wie

p) Plin. ep. V. 20. VI. 5. 13.

q) (Quintil. I. O. V. c. 7 §. 9. duo genera sunt testium, aut voluntariorum, aut eorum, quibus iudex in publicis iudiciis lege denuntiare solet. Von dieser Evocation oder Denunciation des Magistrats, vor Gericht zu erscheinen, um ein mündliches Zeugniß [nemo per tabulas dat testimonium nisi sua voluntate] abzulegen, ist die Citation des Präco zu unterscheiden, der den bereits vor Gericht erschienenen Zeugen zur Ablegung des Zeugnisses aufruft. Vgl. Escher, de testium ratione, quae Romae Ciceronis aetate obtinuit [1842] p. 60. R.)

r) Sie kommt vor bei der Klage wegen Verrückung der Gränzsteine in dem agrarischen Gesetz des Caligula (der s. g. Lex Mamilia): deque ea re curatoris, qui hac lege erit, iurisdictio reciperatorumque datio addictio esto. Cum curator hac lege non erit, tum quicunque magistratus in ea colonia, municipio, praefectura, foro, conciliabulo iure dicundo praeerit, eius magistratus de ea re iurisdictio iudicisque datio addictio esto. Inque eam rem is qui hac lege iudicium dederit, testibus publice dumtaxat in res singulas decem denuntiandi potestatem facito, ita ut e re publica fideque sua videbitur — Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IX S. 386. Bei Valerius Probus sodann findet sich folgender Satz: quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo, testibusque, duntaxat decem, denuntiandi potestatem faciam. Huschke (Richter's krit. Jahrbb. 1837 S. 897 ff.) ist geneigt, den Zwang zum Zeugniß für eine Eigenthümlichkeit der Recuperatorengerichte zu halten, die dann auf die Criminalprocesse, und endlich auf Popularklagen (auch wo sie — wie in dem Fall des angeführten Gesetzes — nicht vor Recuperatoren kamen) ausgedehnt worden wäre. Rudorff dagegen (über die s. g. lex mamilia, Zeitschr. IX. 12 S. 406 ff.) erklärt die Eigenschaft des Gerichts als eines recuperatorischen von vornherein für gleichgültig, er knüpft die Zulassung des Zwangs an ein öffentliches Interesse, dem der zum Zeugniß aufgeforderte Bürger seine Willkühr opfern muß, und leitet daraus den Zwang bei Criminalprocessen und bei Popularklagen ab. Ich halte die letztere Ansicht für die richtige.

die der andern Beweise dem Ermessen des Richters überlassen.[s]) Außerdem stehen den Parteien noch alle andern Argumente offen, durch die sich der Beweis einer Thatsache unterstützen und so auf die Ueberzeugung des Richters einwirken läßt.[t]) Endlich wenn der Richter bei allen für und wider gegebenen Beweisgründen zweifelhaft bleibt, so kann er von einer Partei noch eine eidliche Bestätigung ihrer Behauptungen fordern, um dadurch seine Ueberzeugung ergänzen zu lassen. Insofern ist auch der Eid (iusiurandum iudiciale, Eid in iudicio) ein Beweismittel, er hat aber auch nur die Wirkung eines solchen, und unterscheidet sich dadurch von dem iusiurandum in iure (§. 173).[u]) Eine besondere Anwendung findet dieser judicielle Eid zur Bestimmung des Werths des Streitgegenstands, in den der Richter zu condemniren hat. Diesen Werth hat der Richter regelmäßig nach den von dem Kläger beizubringenden Daten zu bestimmen (aestimatio a iudice facienda), wenn indessen der Beklagte durch Dolus oder Contumacia verursacht, daß der Kläger den eigentlichen Gegenstand seines Anspruchs nicht erhält und daß es daher zu einer Condemnatio in den Werth kommt, so hat der Richter dem Kläger den Eid einzuräumen, wodurch er den Werth und somit die Summe bestimmt, kann ihm jedoch eine taxatio, d. h. ein Maximum setzen, das er bei seinem Schwur nicht überschreiten darf. Dieser Eid, der eine Strafe für den Dolus oder Ungehorsam des Beklagten ist, heißt iusiurandum in litem.[v]) Er findet Statt, immer unter der Voraussetzung von Dolus oder Contumacia, bei den arbitrariae actiones auf Restitution oder Exhibition, ferner bei den bonae fidei iudicia, aber auch bei stricta iudicia, z. B. aus der Stipulation einer Sache, wenn der Dolus des Gegners dem

---

s) Paul. sent. V. 5 a, 3. L. 5 C. de transact. (2, 4) L. 7 D. de confess. (42, 2.) Bethmann-Hollweg, Versuche S. 284 ff.

t) Quintil. inst. or. V. 8—10 (probatio artificialis). L. 19 C. de R. V. (3, 32) u. a.

u) L. 1. 31 D. de iureiur. (12, 2.) Immer ist es der Richter, der diesen Eid auflegt; gleichgültig ist dabei, ob der erste Anstoß von ihm oder von einer Partei ausgeht, welche diese Auskunft vorschlägt: ihrem Gegner den Eid deferirt; es ist nicht zu zweifeln, daß letzteres schon in der dritten Periode vorkam, s. z. B. L. 21 D. de dolo (4, 3), nur darf man dabei nicht vergessen, daß der Erfolg einer solchen Delation dem Ermessen des Richters unterlag. Eine viel bestimmtere Ordnung schon hat Justinian der Sache gegeben, L. 11. 12. C de reb. cred. (4, 1.)

v) Dig. XII. 3. Cod. V. 53: de in litem iurando.

Richter die eigene Aestimation der Sache unmöglich gemacht hat. [w]) Auch dieser Eid hat die Natur eines Beweismittels, und diese bestimmt die Stellung des Richters seinem Inhalt gegenüber, so daß er noch immer möglicherweise den Beklagten absolviren, oder in weniger condemniren kann. [x])

Bei der Beurtheilung der von den beiden Parteien geführten oder versuchten Beweise, und dem Einfluß dieser Beurtheilung auf die Sentenz, hat es die größte Wichtigkeit, wem von ihnen der Beweis obliegt, theils überhaupt, theils in Beziehung auf eine gewisse Thatsache. [y]) Diese Beweislast, onus probandi, hängt theils von der Parteirolle, theils von den Thatsachen ab, um die es sich handelt. Was das erstere anbelangt, so trifft die Beweislast vor allem den Kläger, sie ist ein onus petitoris (und somit commodum possessoris), und petitoris partes sustinere heißt so viel als de iure suo probare debere; wenn daher der Kläger nicht bewiesen hat, was ihm obliegt, so ist der Beklagte zu absolviren, auch wenn er gleichfalls keinen Beweis geführt hätte. [z]) Erst wenn der Kläger bewiesen hat, trifft die Reihe den Beklagten, in Beziehung auf seine Exceptionen, seine auf besondere Thatsachen gegründeten Negationen (z. B. Zahlung), oder auch, wenn er diesen Weg einschlagen will, in Beziehung auf einen Gegenbeweis (Beweis des Gegentheils von dem, was der Kläger zu beweisen hat), wodurch er den von dem Kläger geführten Beweis entkräften kann. Was sodann die Thatsachen anlangt, die zu beweisen sind, so bilden den Gegenstand der Beweislast nur die, welche von der fraglichen Partei zur Begründung ihrer Ansprüche vorgebracht sind, die Unwahrheit der von dem Gegner vorgebrachten hat sie vermöge des onus probandi nicht zu beweisen (von dem Gegenbeweis kann man nicht sagen, daß er jemandem obliegt): ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. [aa]) Es giebt aber Thatsachen, welche zu vermuthen sind, bis das Gegentheil erwiesen wird, praesumtiones; wer eine solche behauptet, ist

w) L. 2 pr. 5 pr. §. 4, L. 6 D. eod.

x) L. 5 §. 2 D. eod.

y) Von dieser Frage besonders handeln die Titel: Dig. XXII. 3: de probationibus et praesumtionibus, Cod. IV. 19: de probationibus.

z) L. 21 D. L. 2. 8 C. de probat. L. 4 C. de edendo (2, 1), L. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7, 6), L. 15 D. de O. N. N. (39, 1.)

aa) L. 2 D. de probat. (22, 3), L. 23 C. eod. (4, 19.)

daher von dem Beweis derselben befreit, die Beweislast in Beziehung auf sie geht auf den Gegner über, der die Nichtexistenz behauptet, wie z. B. die Fortdauer eines einmal bestandenen Rechts vermuthet wird, daher der das Aufhören desselben Behauptende es beweisen muß: wer ein Recht behauptet, braucht nur die Erwerbung desselben zu beweisen, nicht, was auch in seiner Behauptung liegt, daß er es jetzt noch habe.[bb]) Dieß sind die Grundsätze, nach welchen der Richter die Folgen der geführten oder nicht geführten Beweise zu bemessen hat; die freie Stellung freilich des römischen Judex gegenüber den beweisenden Parteien äußert sich, wie hinsichtlich der Wirksamkeit der Beweismittel, so auch in Beziehung auf die Beweislast, er konnte individuelle Umstände berücksichtigen und auf sich wirken lassen, die in bestimmte Regeln nicht zu fassen sind.[cc]) Diese Stellung des Richters, welche die Beweisfrage in der Hauptsache seinem Gewissen übergab (wobei auf der andern Seite in seiner Instruction durch die Formula und vor allem in der vollkommenen Oeffentlichkeit der Verhandlungen eine nicht geringere Garantie gegen Willkür lag, als eine Beschränkung durch möglichst bestimmte Beweisregeln bieten kann), mußte aber zugleich die Folge haben, daß dem Richter erlaubt war, wenn er in sich zu keiner Ueberzeugung kommen konnte, durch den Eid: sibi non liquere von der Nothwendigkeit, die Sentenz zu sprechen, sich zu befreien.[dd])

Die Verhandlung in iudicio wird nicht, wie die in iure (§. 160) dadurch gehindert, daß der Beklagte ausbleibt.[ee]) Der Kläger hat denn auch kein Interesse, ihn zur Erscheinung vor dem Judex zu verpflichten, die cautio iudicio sisti (§. 160) bezieht sich nur auf die Stellung in iure, nicht auf die in iudicio.[ff]) Erscheint der Beklagte nicht, so ist dem Kläger die einseitige Fortsetzung gestattet, iudicium desertum, eremodicium, und der Richter spricht auf den von ihm geführten Beweis die Sentenz,[gg]) nur muß die

bb) S. z. B. L. 1 C. eod.
cc) Bethmann-Hollweg, Versuche S. 321.
dd) Gell. XIV. 2.
ee) Bethmann-Hollweg, Handbuch I S. 285 ff.
ff) Sie ist eine cautio iudicio *ordinando* nicht *ordinato* sisti.
gg) L. 13 pr. D. iudic. solvi (46, 7), L. 31 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5), L. 7 in f. D. de minor. (4, 4.) Die Vorschrift der XII Tafeln: post meridiem praesenti litem addicito (§. 158) geht auf den Magistrat und auf den Judex. (Dieß ergiebt sich aus dem Vorhergehenden: ni pagunt *in comitio aut*

denuntiatio, durch welche der Kläger den Beklagten vor den Richter entbietet, dreimal wiederholt worden sein.[hh] Eben so konnte der Beklagte, wenn der Kläger ausblieb, das Eremodicium fordern, und in Folge desselben absolvirt werden, was nach dem Grundsatz: actore non probante reus absolvitur nicht ausbleiben kann.[ii] Eine Ausnahme tritt ein, wenn eine Partei durch rechtmäßige Ursache verhindert ist vor dem Richter zu erscheinen, hier geschieht eine Dilation, der Richter bestellt die Parteien auf einen andern Tag.[kk])

b. Sentenz.

Eine solche Bescheidung auf einen andern Tag giebt der Richter auch, wenn die Sache an dem gegenwärtigen wegen der Länge der Verhandlungen nicht zu Ende kommt, oder um, wenn die Verhandlungen beendigt sind, die Sentenz zu erwägen.

CLXXV. Schon während der Verhandlungen giebt es für den Richter mehrfache Veranlassung, Bescheide an die Parteien zu erlassen (interlocutiones), wodurch er die Verhandlungen leitet; ein solcher vorbereitender Spruch ist auch das Arbitrium bei den arbitrariae actiones (§. 166). Das Ziel aber des ganzen Verfahrens ist die sententia, das Endurtheil, dessen Bedeutung die Worte res iudicata aussprechen.[a])

---

in foro ante meridiem causam coniicito [oder coniiciunto], quom perorant ambo praesentes. Daß die causae coniectio vor dem Judex geschieht [Gai. IV. 15. Gell. V. 10 (§. 172 Note 1). L. 1 D. de R. I. (50, 17), Afranius ap. Non. p. 267 Mercer: causam conicere hodie ad te volo, Ambon' adestis, profuturos arbitror], nöthigt nicht, die ganze Vorschrift mit Huschke in analect. litt. p. 106. und Wetzell, Vindicationsproceß S. 54—57 auf den Judex einzuschränken. R.)

hh) Paul. sent. V. 5 a, 7.

ii) L. 28 pr. D. de appell. (49, 1), L. 27 §. 1 D. de lib. causa (40, 12); in der letzteren Stelle wird dieser Unterschied zwischen dem Eremodicium des Beklagten und des Klägers ausdrücklich gemacht

kk) Auf die §. 158 a. A. mitgetheilten Worte der Zwölf Tafeln kam folgende Vorschrift, die sich eben so auf das Erscheinen vor dem Judex wie vor dem Magistrat bezieht (Ulpian L. 2 §. 3 D. si quis caut. 2, 11 wendet sie auf diesen letzteren Fall an): nach Aufzählung der iustae causae (namentlich morbus sonticus und status dies cum hoste) „si quid horum fuat unum iudici arbitrove reove eo die, (so ist zu interpungiren) diffensus esto.“ Dieses Wort hat dieselbe Bedeutung wie in der späteren Sprache dilatio, Muller, supplem. annot. in Festum p. 401.

a) Dig. XLII. 4: de re iudicata et de effectu sententiarum et de

Der Inhalt der Sentenz bestimmt sich nach der Formel. Es giebt Formeln, die keine Condemnatio enthalten: die praeiudiciales formulae (§. 167), hier enthält auch die Sentenz weder Condemnation noch Absolution, der Richter spricht sich nur über die Thatsache aus, deren Untersuchung ihm vorgelegt ist, z. B. ingenuum videri, oder: servum non videri. [b] In allen andern Fällen enthält die Sentenz Condemnation oder Absolution, nur daß bei den Theilungsklagen noch ein zweiter Inhalt, der vorausgeht, hinzukommt: die Adjudication (§. 166 a. A. 167), wodurch der Richter die gemeinschaftliche Sache theilt, jedem also seinen Theil, wie er ihn bestimmt, zuspricht. Der hauptsächlichste Inhalt der Sentenz ist immer Condemnation oder Absolution, daher er gewöhnlich allein hervorgehoben wird. [c] Eine solche Sentenz kann nur den Beklagten entweder condemniren oder absolviren, nicht der Kläger kann condemnirt werden, nur daß es einige Judicia giebt, in denen beide Parteien als Kläger und Beklagte gelten (iudicia duplicia oder auch mixtae actiones; [d] bei den Theilungsklagen ist die Condemnation der Formel auf beide Parteien gerichtet (§. 167), sie sind wahrhaft doppelte Judicia, bei dem interdictum uti possidetis und utrubi gilt dieß von der Formel des Interdicts, die Judicia selbst (auf die Sponsionen, Licitationssumme, Herausgabe der Sache §. 169) sind einfache. — Die condemnatorische Sentenz aber ist nichtig, wenn sie

---

interlocutionibus. Paul. sent. V. 5 a: de effectu sententiarum et finibus litium. Cod. VII. 45: de sententiis et interloc. omnium iudicum. (Buchka, Einfluß des Processes auf das materielle Recht. II. 1846. 1847.) Savigny, System VI S. 257—482. Krüger, processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses. 1864. S. 147—216. R.)

b) L. 27 §. 1 D. de lib. causa (40, 12).

c) L. 1 D. de re iud. (42, 1.) L. 3 C. de sent. omn. iud. (7, 45): Praeses provinciae non ignorat, definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non haberi. (Der vorbereitende Ausspruch über das Recht führt den allgemeinen Namen pronuntiatio, (i) namentlich in den Vindicationen und Präjudizialklagen, L. 40 §. 2 D. de proc. [3, 3] L. 35 §. 1 D. de R. V. [6, 1] L. 35 D. de A. E. V. [19, 1] L. 31 D. de pign. [20, 1] L. 6 §. 2 D. de conf. [42, 2] L. 15. L. 30 §. 1 D. de exc r. iud. [44, 2.] Zachariä v. Lingenthal, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIV. S. 95—125 [nach einem Scholion des Stephanus ad Basil. XV. 1. 13. 17. 18. 27. 29 i. II.] Savigny, System VI. 318, doch braucht Gai. IV. 48 auch von ihm den Ausdruck ipsam rem condemnat. R.)

d) L. 37 §. 1 D. de O. et A. (44, 7.) Solche sind die Theilungsklagen (§. 167 Note k a. E.), und die interdicta uti possidetis et utrubi (§. 169).

nicht auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist, mag übrigens der Gegenstand der Forderung selbst sein, welcher er wolle, eine andere Sache hat der Richter zu Geld anzuschlagen, eine geforderte unbestimmte Summe zu bestimmen.[e]) Ueberhaupt endlich ist eine Sentenz ihres Inhalts wegen nichtig, wenn der Richter einen unzweifelhaften Rechtssatz darin aus den Augen gesetzt, namentlich wenn er das für diesen Fall gegebene Rescript des Princeps oder Responsum eines autorisirten Juristen verworfen hat,[f]) eben so wenn durch die Sentenz eine frühere res iudicata aufgehoben werden würde,[g]) in beiden Fällen hat der Judex seine Vollmacht überschritten und nicht als Judex gehandelt.

Was die Form der Sentenz anlangt, so sind vor allem, wie dieß der ganzen Gestaltung des Verfahrens vor dem Judex gemäß ist, keine solennen Worte, die dabei gebraucht werden müßten, vorgeschrieben.[h]) Aber die Sentenz muß mündlich gesprochen werden (pronuntiare),[i]) und zwar in Gegenwart beider Parteien, soweit nicht eine derselben per contumaciam (§. 174 a. E.) abwesend ist.[k]) Sind mehrere Richter bestellt, so müssen wie bei den übrigen Verhandlungen so namentlich auch bei der Sentenz alle gegenwärtig sein, wenngleich die Mehrheit der Stimmen entscheidet, ja zu Gunsten

e) Gai. IV. 48. 52. Dort wird gesagt: - iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, (sed) aestimata re pecuniam eum condemnat. Daß hiernach sonst (d. i. vor dem Formularproceß) auch eine Condemnation in einen andern Gegenstand als Geld möglich war, stimmt in der That vollkommen damit überein, daß erst die formulae (nicht die legis actiones) eine bestimmte Anweisung an den Richter, (und zwar in Geld) zu condemniren, enthielten.

f) L. 19 D. de appell. 48, 1) L. 1 §. 2 D. quae sent. sine appell (49, 8) L. 32 D. de re iudic. [42, 1.)

g) L. 1 C. quando provoc. (7, 64) L. 1 C. sententiam resc. (7, 20.)

h) L. 59 D. de re iudic. Auch die Beifügung von Entscheidungsgründen (s. z. B. L. 1 §. 1. 2 D. quae sent. sine app. 49, 8) war dem Ermessen des Richters anheimgestellt.

i) L. 1 C. de sententiis ex periculo recitandis (7, 44). Periculum heißt hier das Concept, dessen sich der Richter zu seiner Bequemlichkeit bedient. Ohne Zweifel pflegten die Richter schon in älterer Zeit sich die Sentenzen, die sie sprachen, vorzumerken, um später Auskunft darüber geben zu können.

k) Paul. sent. V. 5 a, 6. L. 47 pr. 60 D. de re iud. (42, 1.) Cod VII. 43: quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat praesentibus partibus vel una parte absente.

der Freiheit, und außerdem zu Gunsten des Beklagten schon Stimmengleichheit.[l])

Mit dem Ausspruch der Sentenz ist das Judicium beendigt und der Richter hat in demselben Augenblick aufgehört Richter zu sein. Er kann daher keine Veränderung mit der Sentenz mehr vornehmen, auch wenn er unrichtig geurtheilt zu haben überzeugt wäre.[m]) Daher kann die Execution einer condemnatorischen Sentenz nicht Sache des Judex sein; es entsteht daraus die actio iudicati, mit welcher die Execution erst wieder bei dem Prätor gesucht werden muß.

In dieser Beendigung des Judiciums, und daher des von seinem Ausgang abhängig gemachten Rechtsstreits, liegt denn auch die Wirkung der richterlichen Sentenz, die mit dem Ausdruck res iudicata bezeichnet wird.[n]) Der Rechtsstreit ist beendigt, er kann daher nicht wiederholt werden, und an die Stelle des in iudicium deducirten Rechtsverhältnisses tritt der Inhalt der Sentenz.[o]) Diese Wirkung leitet sich ihrem Ursprung nach schon von der Litiscontestation her, durch welche die Sache in iudicium deducirt, und somit von der Sentenz abhängig gemacht worden ist. Und zwar gilt dieß von den zwei Richtungen, welche die Wirkung der Sentenz hat: die Erneuerung des alten Anspruchs zu verhindern, und den Inhalt der Sentenz an seine Stelle zu setzen. Dort tritt die exceptio rei iudicatae an die Stelle der exceptio rei in iudicium deductae, die vor der Sentenz stattfand, und hat mit dieser ihre Natur gemein (§. 172),[p]) hier ist es ebenfalls die Deductio in Judicium, welche dem Inhalt der Sentenz seine Kraft giebt. Es ist mit einem Wort das Judicium, welches diese Wirkungen hat, theils in seiner Einführung (Litiscontestation), theils in seinem Beschluß (Sentenz). Aus diesem Ursprung der Wirkung des richterlichen Urtheils folgt denn zugleich, daß sie dem Decret des Magistrats nicht zukommt

l) L. 36—39 D. de re iud. (42, 1.)

m) L. 55. 62 D. eod.

n) Diese Wirkung gilt aber auch zunächst nur von dem Urtheil eines Richters, nicht von dem Decret eines Magistrats (§. 176). Bei Paul. sent. V. 5 a, 1 ist zu lesen: res iudicatae videntur *a iudicibus qui* ab his qui imperium potestatemve habent, vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur etc.

o) L. 1 D. de re iud. (42, 1) L. 6 D. de exc. rei iud. (44, 2.) Terent. Phorm. II 3, 56 sqq. Gai. III. 180. 181. IV. 106—108.

p) Bethmann-Hollweg, Versuche S. 151. 153 Note 23.

(Note n), und daß der Satz: res iudicata pro veritate accipitur[q]) nur für die gilt, welche in diesem Iudicium als Parteien standen, oder für welche die Deductio in Iudicium durch dieselben aus irgend einem Grund verbindlich ist, nicht für Andere.[r])

Specieller bestimmt sich die Wirkung des richterlichen Urtheils nach seinem verschiedenen möglichen Inhalt folgendergestalt. Bei den Präjudicien ist die Thatsache, wie sie der Richter ausspricht, als wahr zu betrachten, z. B. daß die fragliche Person frei, oder daß sie Sclave des Andern, daß sie freigeboren, oder der Freigelassene eines Andern sei, oder sein Kind oder nicht. Ja dieser Ausspruch über den Status der Person hat nicht bloß Wahrheit für den Gegner, mit dem der Proceß geführt worden ist, sondern für Alle, weil es sich hier nicht um ein reines Privatrecht, sondern um ein Verhältniß von mehr oder weniger gemeinem Interesse handelt, dessen Vertreter daher gewissermaßen die Proceßführenden sind.[s]) Eben darum kann aber auch jeder (am unbeschränktesten bei der liberalis causa) ein solches Urtheil aus dem Grund innerhalb fünf Jahren anfechten, daß der Proceß nur zum Schein, um absichtlich einer Person durch die Sentenz den fraglichen Stand zu verschaffen, geführt worden sei,[t]) ja der, dessen Rechte (als Patron des zum Ingenuus, als Herrn des zum Freien Gesprochenen) durch den hinter seinem Rücken geführten Proceß beeinträchtigt sind, sogar ohne auf jenes Quinquennium beschränkt zu sein, vielmehr ist in diesem Fall, wo es an einem iustus contradictor gefehlt hat, die Sentenz selbst nichtig, und wirkt gar nicht die exceptio rei iudicatae.[u]) Jene höhere und weitere Wirkung einer solchen res iudicata wird mit den Worten ius facit bezeichnet (Bd. I §. 111 S. 469). Dasselbe gilt von dem Urtheil über die Inofficiosität eines Testaments, wodurch dem Testator gewissermaßen die testamenti factio (also ein Theil seiner Rechtsfähigkeit) abgesprochen wird,[v]) ferner wenn sonst die Ungültigkeit des Testaments gegen den darin eingesetzten Erben ausgesprochen ist, was gegen jeden gilt, der sich auf das Testament beruft,[w]) und

q) L. 207 D. de R. I. (50, 17) vgl. L. 25 D. de statu hom. (1, 5.)
r) L. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2.)
s) L. 25 D. de statu hom. (1, 5) L. 2. 3 pr. D. de agnosc. lib. (25, 3.)
t) Dig. XL. 16: de collusione detegenda.
u) L. 3 D. eod. L. 42 D. de lib. causa (40, 12.)
v) L. 17 §. 1 D. de inoff. test. (5, 2.)
w) L. 50 §. 1 D. de leg. 1. (30) L. 14 D. de appell. (49, 1.)

wie gewisse Klagen (Popularklagen) von jedem Bürger, als Vertreter des Volks, angestellt werden können, so gilt auch Judicium und Sentenz hier gegen jeden,[x]) auch in diesen Fällen allen mit der Ausnahme eines illusorisch geführten oder durch Contumacia verlorenen Processes.[y]) Bei der Adjudication gestaltet sich die Wirkung der res iudicata dahin, daß die bisher bestandene Gemeinschaft der Sache aufhört, und jede Partei Eigenthümer dessen wird, was ihr der Richter adjudicirt.[z]) Eine condemnatorische Sentenz verpflichtet den Verurtheilten, die Summe der Condemnation zu zahlen, gleichviel ob er mit Recht oder Unrecht verurtheilt worden ist, die Sentenz ist für sich selbst eine causa obligationis (iudicati obligatio,[aa]) sie wird mit der iudicati actio geltend gemacht; eine absolutorische befreit den Beklagten mittelst der exceptio rei iudicatae, also freilich nur soweit diese in ihrer Wirkung reicht.[bb]) Aber nicht bloß dieser ausdrückliche Inhalt der Sentenz, sondern auch die Entscheidung, auf die er sich gründet, z. B. die Anerkennung des Eigenthums des Klägers, die darin liegt, daß der Beklagte in Folge der in rem actio condemnirt worden ist, oder die Entscheidung, daß der Kläger nicht Eigenthümer sei, welche in der Absolution des Beklagten liegt, wird als Wahrheit und res iudicata betrachtet, und verschafft daher der Partei, zu deren Gunsten der Ausspruch lautet, wenn der Gegner künftig einen ihm zuwiderlaufenden Anspruch erhebt, die ihn zurückweisende Berufung auf res iudicata.[cc]) Auch dieß folgt aus dem Princip, denn es handelt sich hier gerade um den Grund der Klage, der in iudicium deducirt ist, und über den entschieden werden soll.

Nur über das, was in iudicium deducirt ist, hat der Richter zu sprechen und sein Ausspruch jene Kraft. Die Frage, ob gegen einen Anspruch die exceptio rei iudicatae stattfinde, hängt daher

x) L. 3 pr. de pop. act. (47, 23.)

y) L. 5 pr. D. de pignor. (20, 1.)

z) L. 36 D. fam. erc. (10, 2) vgl. L. 20 §. 4 eod. L. 17 D. de usurp. (41, 3.)

aa) L. 3 §. 11 D. de pec. (15, 1.)

bb) Wenn z. B. der Schuldner für die Schuld ein Pfand bestellt hat und auf die persönliche Klage absolvirt wird, so wird auch das Pfand befreit; ein dritter Besitzer des Pfands dagegen kann der hypothekarischen Klage des Gläubigers die exceptio rei iudicatae nicht entgegensetzen.

cc) Z. B. L. 15. 30 §. 1 D. de except. rei iud. (44, 2.)

von der ab, ob das, was in dem früheren Proceß in iudicium deducirt wurde, identisch ist mit dem, was jetzt der richterlichen Untersuchung und Entscheidung unterworfen werden soll.[cc*]) Zum Theil wird sich dieß aus der Intentio der Klage erkennen lassen, aber dieß reicht nicht hin, die Intentio könnte in beiden Fällen ganz gleich lauten, und doch der Fall ein ganz verschiedener sein;[dd]) umgekehrt kann eine Verschiedenheit der Intentionen sein, und doch dieselbe Rechtssache damals und jetzt in iudicium deducirt werden, so daß also die exceptio rei iudicatae der Verschiedenheit der Klage ungeachtet entgegensteht.[ee])

Für die Frage, was in iudicium deducirt sei, ist entscheidend bei Obligationen die origo petitionis, die Entstehung der Forderung; wenn auf denselben Gegenstand wie früher, aber aus einem andern Obligationsgrund geklagt wird, so steht die exceptio rei iu-

---

*cc**) (Dieß Princip ist zugleich entscheidend gegen die von Savigny (System VI, 350 ff.) aufgestellte Lehre von der Rechtskraft der Gründe. Es würden dadurch Rechtsverhältnisse rechtskräftig entschieden, welche nur der Richter, nicht die Parteien deducirt hätten, z. B. die status quaestio in einer Erbschaftsklage, L. 1. C. de ord. iud. (3, 8). Die Compensation und die Einrede des bessern Pfandrechts unterliegt der Rechtskraft, nicht, weil sie als Entscheidungsgrund für die Abweisung der Klage vom Richter benutzt ist, sondern weil der Beklagte sie deducirt hat. L. 19, L. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2), L. 8 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5), L. 7 §. 1 D. de comp. (16, 2), L. 1 §. 4 D. de contr. tut. (47, 4) R.)

dd) So wenn jemand früher geklagt hat: si paret hominem Stichum actoris esse, und abgewiesen worden ist, er hat aber seit dieser Zeit das Eigenthum erworben, so klagt er wieder ganz mit derselben Intentio, und dennoch steht ihm die exceptio nicht entgegen, denn in dem früheren Proceß war natürlich das damalige Eigenthum in iudicium deducirt, nicht das jetzige, das dominium postea adquisitum, der frühere Richter hat ausgesprochen, daß der Kläger nicht Eigenthümer sei, nicht, daß er es niemals sein werde, L. 11 §. 4. 5 D. de exc. rei iud. (44, 2.) Ferner die frühere intentio kann gelautet haben: si paret N. N. A. A. decem dare oportere, und die jetzige ganz eben so gefaßt sein, aber wenn es verschiedene Obligationen sind, so steht die exceptio nicht entgegen, vgl. auch L. 21 pr. D. eod.

ee) L. 3. 7 §. 4 D. eod.: Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, *vel alio genere iudicii*. — Als Beispiel wird hier gegeben die hereditatis petitio und die rei vindicatio wegen derselben Sache, die Intentio war dort: si paret hereditatem (worin auch diese Sache mit begriffen), hier ist sie: si paret rem q. d. a. actoris esse. Ein anderes Beispiel ist die Klage aus einem Depositum mit einer formula in ius und mit einer in factum concepta, oder die mit dem interdictum quorum bonorum und der possessoria hereditatis petitio.

dicatae nicht entgegen. [ff]) Bei in rem actiones ist es umgekehrt der Gegenstand der Petitio, welcher entscheidet, die origo petitionis ist gleichgültig; wer geklagt hat: si paret fundum eius esse, oder ius eunti agendi eius esse, dem steht die exceptio bei der Wiederholung dieser Klagen entgegen, wenngleich er jetzt einen andern Erwerbsgrund für sein Eigenthum, für seine Servitus aufführt, als früher, wenn er früher z. B. auf Mancipation sich berufen hatte, und jetzt hofft, mit dem Grund der In Jure Cessio oder Usucapio durchzukommen. [gg]) Denn es ist dasselbe Eigenthum, dieselbe Servitut, die in iudicium deducirt war, und die nun wieder in Frage gestellt werden soll. Während es eine andere Obligatio ist, wenn sie auf einen andern Entstehungsgrund gestützt wird, so ist es stets dasselbe Eigenthum, das durch die verschiedenen möglichen Erwerbsarten entsteht. Bei den actiones in personam wird gewöhnlich die causa obligationis ausgedrückt (so bei allen Formeln mit einer Demonstration, ferner bei allen in factum actiones, und auch bei andern ist es wenigstens zulässig), aber davon hängt die Statthaftigkeit der exceptio rei iudicatae nicht ab (Note ff), bei in rem actiones wird die Erwerbsart nicht ausgedrückt (§. 167 Note e), wäre es aber auch geschehen, so würde es hier für die exceptio rei iudicatae eben so irrelevant gewesen sein, wie dort. Wäre es auch zulässig gewesen zu klagen: si paret rem actoris esse ex causa mancipationis, so hätte es keinem römischen Juristen in den Sinn kommen können, zu behaupten, dadurch sei nicht das Eigenthum, sondern die Mancipation in iudicium deducirt. [hh]) Einem Kläger, der aus Versehen einen falschen Weg eingeschlagen, und bei der

---

ff) L. 14 §. 2 D. eod.: Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla eorum alterius petitione vitiatur —. Ob bei der früheren Klage eine bestimmte causa ausgedrückt war oder nicht (§. 167 Note d), ist ganz gleichgültig, es kommt nur darauf an, über welche causa verhandelt und von dem Richter entschieden worden ist, s. Note dd.

gg) L. 11 §. 4 D. eod.: Eandem causam facit etiam origo petitionis —. L. 11 §. 1 eod. Es kommt an auf die causa proxima actionis, nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset — L. 27 eod.

hh) Dieß zeigt sich klar in der Entscheidung über die hereditatis petitio und rei vindicatio Note ee.

früheren Vindication eine Causa, die ihn nicht zum Ziel führte, gewählt hat, kann nur durch in integrum restitutio geholfen werden.ii)

D. Verfahren extra Ordinem

CLXXVI. Es ist oben bemerkt worden (§. 150 a. E.), daß der regelmäßige Weg für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten (iuris ordinarii exsecutio, wie er auch, — ordo iudiciorum privatorum, wie er gewöhnlich genannt wird) in manchen Fällen verlassen worden ist, und daß diese Ausnahmen sich nach und nach vermehrten. Von jeher hatten die Magistrate vieles durch Decret nach

---

ii) L. 11 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2.) — Aus dem Bisherigen ergiebt sich von selbst die Erklärung von L. 11 §. 2 eod.: — si postea alia ex causa petat, causa adiecta non debet summoveri exceptione. Wenn der Jurist sich nicht in einem Athem widersprechen soll, so kann causa adiecta nichts anderes heißen, als: wenn wirklich eine neue causa nachher hinzugekommen ist, also eine postea adquisitum dominium geltend gemacht wird (Note dd). Ferner L. 14 §. 2 D. eod. (nach den Note ff stehenden Worten): at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. Schon dieser Grund zeigt auf das evidenteste, daß der Satz ein absoluter ist, daß nicht etwa zuweilen non omnes causae adprehenduntur, denn dieß würde involviren: zuweilen kann eine Sache amplius quam semel mea esse, was Unsinn wäre. Das non expressa causa kann daher auf keinen Fall den Sinn haben, daß alles anders sei, wenn es dem Kläger beliebe, einen Erwerbsgrund in die Formel setzen zu lassen. Puchta, über die expressa causa bei der Eigenthumsklage, Kleine civil. Schriften. 1851. S. 170 ff. (Gegen die Ansicht des Verfassers erklärt sich Savigny, System VI. Beilage 17 S. 514—535. Vgl. oben §. 171 h. — Auf eine in dieser Streitfrage bisher nicht benutzte Stelle hat zuerst Dernburg, Verh. der her. petitio [1852] S. 31 aufmerksam gemacht: L. 7 §. 2 D de H. P. (5, 3.) Ein angeblicher Sclave ist bei Lebzeiten und im Testament des Herrn frei gelassen und eingesetzt worden. Der zweite Klaggrund darf erst in Verbindung mit der Erbschaftsklage, der erste dagegen sofort vorgebracht werden, dummodo praedicatur iudici liberalis causae ne ullum adminiculum libertatis ex testamento admittat. Der Zweck dieser Prädiction ist freilich nicht, die Deduction des zweiten Klaggrundes, sondern das Präjudiz der Erbschaftsklage zu hindern [L. 7 pr. D. eod.], sie beweist aber doch, daß bei Klagen in rem die Theilung der causae und zwar mittelst eines Vorbehalts möglich war, vorausgesetzt, daß die exceptio litis dividuae wegen Verbrauchs mehrerer Iudices in demselben actus rerum nicht entgegen stand. Gai. IV. 122. Ueberhaupt muß man sich bei allen actiones certae eine Ergänzung der causae durch die edirten Urkunden hinzudenken (L. 1 §. 3 D. de edendo 2, 12) und nicht vergessen, daß die Bestimmung der Formula gar nicht war, das ganze Rechtsverhältniß zu erschöpfen, sondern hauptsächlich den Kläger gegen Mißgriffe zu schützen. R.)

vorausgegangener eigener Untersuchung (causae cognitio) zu entscheiden. Diese cognitiones haben zum Theil auf einen Rechtsstreit gar keinen Bezug,[a]) zum Theil stehen sie mit einem Rechtsstreit in vorbereitendem oder ergänzendem Zusammenhang,[b]) zum Theil endlich sind sie bestimmt, einen Rechtsstreit vollständig der Untersuchung und Entscheidung des Magistrats zu überweisen. Mit den letzteren haben wir es hier zunächst zu thun.[c]) Ursprünglich waren die Fälle nur solche, wo ein eigentliches Judicium unter den streitenden Personen oder über das streitige Verhältniß entweder nach hergebrachtem Recht nicht möglich und dem Geist desselben zuwider war, oder wenigstens in persönlicher oder sachlicher Hinsicht der Anspruch etwas außerordentliches hatte, welches den Gedanken an seine Einfügung in den Ordo Judiciorum entfernte. Daher werden extra ordinem von dem Magistrat behandelt alle Beschwerden der Sclaven über ihre Herren (wegen schlechter Behandlung, verweigerter Freilassung, wo der Sclave einen Anspruch darauf hat u. s. f.), der Freigelassenen über ihre Patrone, und hinwiederum dieser über jene, der Kinder über die Väter, in deren Gewalt sie sind (z. B. bei dem Anspruch auf Emancipation), und der Väter über die Kinder,[d]) Ansprüche auf Alimentation zwischen Eltern und Kindern, Patronen und Freigelassenen,[e]) zwischen Vormund und Mündel,[f]) überhaupt das Verfahren gegen einen widerspenstigen oder suspecten

a) Z. B. das Decret, wodurch der Prätor die Veräußerung von pupillarischen Sachen ex oratione imp. Severi erlaubt.

b) Dahin gehören die meisten Fälle: Auflegung von Cautionen, provisorische Einweisung in Güter, In integrum Restitutio, Executionsmaßregeln.

c) Dig. L. 13: de extraordinariis cognitionibus. (Der Ausdruck bezeichnet die Sachen neueren Rechts und Verfahrens; also 1) neueren Rechts: die aus dem ius extraordinarium, d. h. dem neuen Recht der Constitutionen u. s. w. im Gegensatz des ius ordinarium [civile und praetorium] entsprungenen Klagen: L. 10, L. 178 §. 2 D. de V. S. [50, 10] L. 7 D. ad L. Corn. de fals. 48, 10. Paul. III. 5. §. 18. Gromat. vet. 22, 10. 24, 1. 58, 21. 134, 9. 10 L. 2) neuern Verfahrens: die vom ordo causarum s. iudiciorum in diesem Sinn, d. h. der Verloosung unter die städtischen Judices befreiten Sachen. Vgl. §. 159 w. Der Verfasser hebt beide Eigenthümlichkeiten nicht scharf genug hervor. R.)

d) S. z. B. L. 1 §. 1. 2. 10 D. de off. pr. urbi (1, 12) §. 2 I. de his qui sui (1, 8).

e) L. 5. 6 D. de agnosc. lib (25, 3), vgl. Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. VI S. 238 Note 1.

f) L. 3, 6 D. ubi pup. (27, 2.)

Vormund,[g]) die Ansprüche aus Fideicommissen,[h]) die Honorarforderungen der Lehrer, Advocaten, sonstigen Geschäftsmänner, der Dienstlohn der Ammen u. dgl. Eine der wichtigsten Anwendungen endlich dieses Verfahrens war in der dritten Periode die Appellation (§. 181).

Die Klagen, die in diesem außerordentlichen Verfahren angebracht werden, heißen persecutiones, extraordinariae persecutiones.[i]) Das Anliegen wird von dem Kläger einseitig bei dem Magistrat angebracht, der Beklagte wird von diesem durch einen Lictor vorgeladen.[k]) Ist er ungehorsam, so wird er in Strafe genommen,[l]) bleibt diese furchtlos oder kann er nicht getroffen werden, so wird er durch drei in Zwischenräumen von zehn Tagen erlassene Edicte aufgefordert zu erscheinen, zuletzt (regelmäßig als viertes, unter Umständen auch wohl statt des ersten, zweiten rc.) wird ein edictum peremtorium erlassen, d. h. mit der Drohung, daß ohne ihn untersucht und entschieden werden würde. Dieß geschieht sodann in derselben Art, wie wenn er zugegen wäre.[m]) Erscheinen die Parteien am Tag der Verhandlung, so nimmt der Prätor die Cognitio vor, wofür eben so wenig eine bestimmte Form gegeben ist, als für die Cognition des Judex im ordentlichen Verfahren. Der Prätor kann für gewisse Punkte dieser Untersuchung, so namentlich für Schätzun-

---

g) L. 1 pr. D. de admin. tut. (26, 7) u. a.

h) Gai. II. 278. Ulp. XXV. 12: fideicommissa non per formulam petuntur ut legata, sed cognitio est Romae quidem consulum etc. — Einen besondern Zweck, Abschreckung von Mißbrauchen durch energisches Verfahren, hatte die von Nero angeordnete extraordinaria cognitio gegen Publicani, Tac. ann. XIII. 51.

i) Persecutio heißt überhaupt Verfolgung eines Rechts auf dem gerichtlichen Weg, L. 2 §. 3 D. de her. vend. (18, 4) L. 17 D. de pignor. (20, 1), darum auch die actio L. 28 D. de O. et A. (44, 7), aber im engern Sinn die persecutio ohne actio (ohne formula), die bloße persecutio, also die extraordinaria, L. 178 §. 2 D. de V. S. (50, 16.)

k) Dieß ist das evocari a praetori (z. B. L. 1 §. 2. 3 D. de inspic. ventre (25, 4). L. 26 §. 7 D. de fid. lib. (40, 5)), welches hier die Stelle der in ius vocatio vertritt; von der letzteren war bei diesem Verfahren keine Anwendung zu machen. Späterhin hat der Prätor auch wohl dem Kläger die Evocation durch denuntiatio überlassen.

l) Varro bei Gell. XI. 1: „M. Terentius quando citatus neque respondit neque excusatus est, ego eum unam ovem multam dico.“

m) L. 68—73 D. de iudic. (5, 1) L. 26 §. 9 D. de fid. lib. (40, 5.) Vgl. Bethmann-Hollweg, Handbuch I S. 287 f.

gen, die dabei vorkommen, Arbitri ernennen,[n]) dadurch wird der Charakter des Verfahrens nicht verändert, es geht darum nicht in ein iudicium über. Das Verfahren endigt sich durch die Entscheidung des Magistrats, welche decretum heißt. Sie unterscheidet sich von der sententia iudicis dadurch, daß ihre Wirkung lediglich von dem Imperium des Decernenten abhängt, das Decretum hat nur den Effect, den der Magistrat vermöge seiner Amtsgewalt ihm geben kann; es hat keine verbindende Kraft für andere ihm nicht subordinirte Magistrate, während res iudicata Rechte giebt, die für die betheiligten Personen jede Behörde anzuerkennen hat.[o]) Daher ist das Decret auch für den Decernenten selbst etwas widerrufliches, das Imperium, auf dem es beruht, kann es auch wieder aufheben.[p]) Von jener Beschränkung der Wirksamkeit machten die decreta principum vermöge der Ausnahmsstellung ihrer Urheber eine Ausnahme. Ihre Verfügungen galten wie iussus populi, alle Magistrate wurden als ihnen subordinirt und als verbunden betrachtet, ihre Befehle zu empfangen und auszuführen.

CLXXVII. **Eine eigenthümliche Anwendung erhielt das Verfahren extra ordinem bei der In integrum Restitutio. Von diesem Institut ist hiernächst die processualische Seite darzustellen, die materielle gehört an einen andern Ort (§. 209), dennoch muß eine Betrachtung seines Wesens schon hier vorausgenommen werden, da dieses auch auf seine processualische Behandlung von Einfluß ist.**

Die rechtliche Ordnung ist dem Menschen als eine Wohlthat gegeben, ohne welche auch sein individuelles Wohl nicht gesichert

---

n) So für die Schätzung der Größe der Alimente L. 5 §. 25 D. de agnosc. lib. (25, 3), der Idoneität der zu leistenden Caution, L. 9 D. qui satisdat. cog. (2, 8.)

o) Die exceptio rei iudicatae kann auch vor einem andern Magistrat, als der den Index bestellte, gebraucht werden, eben so auch die actio iudicati. Nur kann der Anstellung der letzteren an einem andern Ort die pluspetitio loco entgegenstehen; daraus ist zu erklären L. 45 §. 1 D. de iud. (5, 1) und L. 13 pr. §. 1 D. de re iud. (42, 1), die letzten Stellen sind überdieß interpolirt. Die Ausführung des Decrets kann keinem andern Magistrat (an diesem oder einem andern Ort) zugemuthet werden.

p) L. 14 D. de re iud. (42, 1.) (Doch ist dieß später in Aufhebung der eigentlichen Entscheidungen der Magistrate geändert: L. 1 C. sententiam rescindi non posse [7. 3]. L. 42. 46 D. de re iud. [42, 1]. L. 27 pr. D. de poenis [48, 19]. L. 5 C. Th. de sent. ex peric. [4, 17.] R.)

wäre. Dieß schließt die Möglichkeit nicht aus, daß sie nicht unter Umständen für den Einzelnen in das Gegentheil umschlagen, ihm zum Nachtheil gereichen kann. So ist, um zunächst ein Beispiel von der Ordnung des Processes selbst zu nehmen, jene Einrichtung der Rechtshülfe durch Formulä, worin die Ansprüche der Parteien formirt, und so vorbereitet dem Richter zur Untersuchung überliefert werden, im Interesse der Gerechtigkeit und zum Vortheil der Rechtsuchenden gemacht. Daß nämlich in gewissen Fällen eine certa intentio, daß eine condemnatio certae pecuniae gegeben wird, diese Vereinfachung und Beschränkung des richterlichen Officiums ist ohne Zweifel ein Gewinn für den Kläger, der sich mit einer solchen bestimmten Forderung durch Stipulation rc. einer bestimmten Summe vorgesehen hat. Er kommt schneller und sicherer, und unabhängiger von Ausflüchten des Beklagten oder subjectiven Erwägungen des Richters zu seinem ungeschmälerten Recht. Und doch ist es auf der andern Seite nicht ohne Gefahr für ihn; versieht er sich, und läßt ein kleines zu viel in die Intentio setzen, so verliert er die ganze Sache, läßt er zu wenig in die Condemnatio setzen, so büßt er einen Theil seiner Forderung ein (§. 167). So droht auf der andern Seite dem Beklagten ein Verlust durch eine aus Versehen zu hoch gestellte Condemnation, oder dadurch, daß er eine Exceptio nicht, wie es hätte geschehen müssen, in die Formel hat setzen lassen (§. 170 bei Note x). Eben so sind die Fristen, die in Processen für gewisse Handlungen oder für den Proceß überhaupt gesetzt sind, nothwendig für die Zwecke einer möglichst beschleunigten, gegen bösliche Ausweichung oder Nachlässigkeit gesicherten Rechtshülfe, aber sie führen ihrer Natur nach die Möglichkeit eines schweren Nachtheils durch Versäumung mit sich. Nicht weniger zeigt sich diese Erscheinung außer dem Proceß. Daß man durch eine längere Zeit fortgesetzten Besitz einer wohl überkommenen Sache seines Eigenthums an derselben sicher wird, indem dieser fortgesetzte Besitz nach Ablauf der Zeit selbst als eine rechtmäßige Erwerbung des Eigenthums gilt (als usucapio), und uns gegen das uns unbewußte Recht eines Andern, wenn dieser sich bis dahin nicht gemeldet hat, vertheidigt, ist eine große Wohlthat, sie hat aber freilich die Gegenseite, daß sie jenen Andern um sein Eigenthum bringen kann. Ja ein jedes Rechtsgeschäft, das ein Recht und eine Gebundenheit mit der Zuverlässigkeit festsetzt, ohne die kein Verkehr denkbar ist, mag unerwarteten Verlust

für den einen, unzuständigen Gewinn für den andern Theil zur Folge, und überhaupt durch die Umstände ein Resultat haben, welches von der einen Seite nicht beabsichtigt wurde, von der andern billig nicht beabsichtigt werden durfte.

So geht neben dem Recht als ein nicht Auszuschließendes, als Schatten ein vom höheren Standpunkt als solches sich darstellendes Unrecht her. Soll nun dagegen nicht eine Hülfe bereitet werden? Hier ist vor allem leicht einzusehen, daß mit allzugroßem Eifer auf Beseitigung desselben die erheblichen Vortheile bestimmter rechtlicher Ordnung leicht eingebüßt werden könnten. Sie sind nicht ohne Opfer, nicht ohne einen Preis zu haben, sie sind aber noch immer ein höheres Gut, als dieser Preis eines möglichen Unrechts, wenn diese Möglichkeit nicht die Gränze des Ertragens überschreitet. Erträglich aber muß sie stets scheinen, wenn jeder durch Aufmerksamkeit und billig zu fordernde Vorsicht bei seinen Handlungen den möglichen Schaden vermeiden kann. Wo wir jemanden durch tadelnswerthe Sorglosigkeit in rechtlichen Nachtheil kommen sehen, werden wir uns durch diese Folge der rechtlichen Ordnung nicht in Unruhe setzen lassen.[a]) Sodann aber muß in Erwägung kommen, daß jenes mögliche Unrecht häufig eine höchst problematische, schwankende Natur hat: es ist vielleicht ein Unrecht vom höheren Standpunkt und einer allseitigen Umsicht, aber wer wird dieser weiten Umsicht überall fähig sein? Wenn der Verurtheilte ohne seine Schuld die Appellation versäumt hat, wer will nun sagen, ob durch seine Zulassung zur Appellation das höhere Recht gefördert werden wird, ob nicht vielmehr gerade durch seine Versäumniß das in der ersten Sentenz enthaltene wahre Recht gegen alle Anfechtung gesichert ist? Diese Erwägung kann nun zwar die Hülfe nicht schlechterdings ausschließen, aber sie ist geeignet, sie als etwas außerordentliches und nur mit Vorsicht zu gebrauchendes erscheinen zu lassen.

Die Prätoren haben in ihren Edicten unter gewissen Voraussetzungen eine Hülfe gegen Nachtheile zugesagt, welche durch das Recht selbst und seine strenge Anwendung verursacht werden können.

a) So wird dem Beklagten geholfen, wenn die Condemnation in der Formel zu hoch gestellt ist (§. 167), denn der Kläger ist es, der gewissermaßen die Formel dictirt, nicht dem Kläger, der zu wenig hat in die Condemnation setzen lassen, mit Ausnahme des Minderjährigen, dessen Alter die Sorglosigkeit entschuldbar macht, Gai. IV. 57.

Diese Hülfe heißt von ihrem Erfolg, der Wiederherstellung eines früheren, dem strengen Recht nach aufgehobenen Zustandes, in integrum restitutio (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), es wird der benachtheiligende Umstand (z. B. der Ablauf der Zeit, das Rechtsgeschäft) aufgehoben (rescindirt), und das dadurch verlorne Recht oder Rechtsmittel wiederhergestellt. [b])

Bei jeder eigentlichen in integrum restitutio ist der Prätor auf eine von seinem Verhalten im ordentlichen Verfahren verschiedene Weise thätig, aber auch von dem sonstigen außerordentlichen Verfahren unterscheidet sich seine Thätigkeit in jenen Fällen. Der Unterschied liegt in der causae cognitio, die er vornimmt, denn abgesehen davon, daß diese bei jedem Verfahren extra ordinem eintritt, kann auch das Geben einer actio davon abhängig gemacht sein, ohne daß es zu einer in integrum restitutio wird. [c]) Ueberhaupt ist es nicht die Form der prätorischen Thätigkeit, sondern ihr besonderer Inhalt, der das Restitutionsverfahren auszeichnet, und worauf zugleich der Begriff der in integrum restitutio beruht. Und auch hier, wie schon bemerkt worden ist (Note b), ist es die Wiederherstellung eines früheren Zustandes nicht allein, worin das Charakteristische das auxilium in integrum restitutionis liegt; das wesentliche Merkmal ist vielmehr die Richtung, in welcher, der Grund, aus dem die Hülfe eintritt.

Die eigenthümliche Thätigkeit des Prätors bei der Restitution besteht darin, daß er über die Aufhebung eines rechtsbeständigen Zustands aus einem gerechten Grund, der eine Abweichung von dem ordentlichen Recht, eine Hülfe gegen dasselbe fordert (die eben darum etwas außerordentliches an sich trägt) [d]) beschließt und über die Zu-

---

b) Jene Hülfe hat stets eine Wiederherstellung zur Folge, aber nicht jede Wiederherstellung ist eine Folge jener Hülfe. Der Ausdruck restitutio, ja selbst in integrum restitutio bedeutet nicht immer jenes besondere Auxilium, da auch eine gewöhnliche Klage dasselbe Resultat haben kann, z. B. die interdicta restitutoria. Es kommt alles darauf an, auf welchem Weg dieses Resultat herbeigeführt wird, darin liegt das Charakteristische dessen, was im ausgezeichneten Sinn in integrum restitutio genannt wird.

c) Z. B. l. 15 §. 34 L. 17 §. 10 D. de iniur. (47, 10.)

d) L. 16 pr. D. de minor. (4, 4): in causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem, nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium —.

lassung dieser iusta causa durch Decret entscheidet.[e]) Nun kommen verschiedene Wege vor, die bei der Restitutionsverhandlung eingeschlagen werden. Um diese genau zu erkennen, müssen folgende Begriffe unterschieden werden. Einmal läßt sich die Gewährung der Restitution und die wirkliche Ausführung derselben, das wirkliche Wiederbringen des früheren Zustandes trennen, was wir die reelle Restitution nennen können. Jene wiederum (die Ertheilung des auxilium restitutionis) hängt theils von der Entscheidung ab, ob sie unter Voraussetzung der factischen Umstände, auf die sich der Suchende beruft, statt habe,[f]) theils davon, daß die behaupteten Thatsachen (z. B. die Abwesenheit, der Zwang) wirklich existiren. Man kann jenes das rechtliche, dieses das factische Moment der Entscheidung nennen.

So haben wir also drei Punkte bei dem Restitutionsverfahren zu unterscheiden: den rechtlichen Theil der Entscheidung, den factischen, endlich das, was die reelle Restitution genannt worden ist. Nun ist es möglich, 1) daß der Prätor selbst alle diese Punkte erledigt, indem er die Restitution ertheilt und zugleich ihren Erfolg, die wirkliche Beseitigung des Nachtheils, herstellt, ohne zu diesem Zweck ein Judicium zu geben. Dieß geschieht vor allem, wenn es zur reellen Restitution einer Handlung des Gegners nicht bedarf, z. B. wenn es sich lediglich um eine Verbesserung einer irrigen oder mangelhaften Formula handelt (§. 167. 170 Note x),[g]) aber es kann auch außerdem geschehen, indem der Prätor dem Gegner die volle Restitution durch ein Decret auferlegt, wie sonst bei einer extraordinaria cognitio.[h]) 2) Der zweite Weg, der eingeschlagen werden kann, ist der, daß der Prätor durch Causä Cognitio und Decret über die Restitution entscheidet, sodann aber in Folge dieser Ent-

e) Diese iustae causae, die den Prätor bewegen können, einen durch die ihnen zu Grunde liegenden Thatsachen hervorgebrachten rechtlichen Zustand aufzuheben, und den früheren an seine Stelle zu setzen: minor aetas, absentia, vis ac metus, dolus, error, werden im vierten Buch (§. 209) dargestellt werden.

f) Darauf bezieht sich L. 3 D. de in int. rest. (4, 1): omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Die Worte an verae sint bedeuten: ob es wahre Restitutionsgründe sind.

g) Von einem solchen Fall spricht auch L. 46 §. 3 D. de procur. (3, 3.)

h) L. 13 §. 1 D. de minor. (4, 4), L. 39 pr. D. de adm. tut. (26, 7.)

scheidung ein Judicium ordnet, welches außerdem nicht mehr stattfinden würde; die reelle Restitution wird hier im ordentlichen Verfahren durch den Judex erlangt.[i]) Dieses durch Restitution und Rescission des ihm entgegen stehenden Umstands vermittelte Judicium heißt eben darum restitutorium oder rescissorium. Der Ausgang dieses Judiciums, und ob es wirklich für den Restituirten einen reellen Erfolg hat, ist mit der Restitution noch keineswegs garantirt.[k]) Insofern es sich hier um Restitution einer nach ordentlichem Recht verlornen Klage oder Einrede handelt, könnte man diesen Fall auch unter den ersten subsumiren, indem man die Ordination des Judiciums selbst schon als reelle Restitution qualificirt; anders wenn man das Ziel, welches der die Restitution suchende im Auge hat, berücksichtigt. 3) Endlich ist noch ein dritter Weg denkbar, daß nämlich der Prätor nur den rechtlichen Theil der Restitutionsfrage entscheidet, d. h. ob unter Voraussetzung der factischen Umstände (z. B. der erlittenen Gewalt) eine iusta causa restitutionis vorhanden sei, indem er dem Judicium nicht bloß die reelle Restitution (wie unter 2), sondern auch den Beweis ihrer thatsächlichen Begründung (z. B. daß wirklich ein Zwang stattgefunden habe) überläßt. Dieß geschieht dadurch, daß der Prätor die Restitution zum Inhalt einer besonderen Klage oder Einrede (z. B. actio oder exceptio metus) macht.[l]) Dieser dritte Weg liegt auf der äußersten Gränze

---

i) L. 13 §. 1 D. de minor. (4, 4): — potest desiderare interdum adversus possessorem restitui — et hoc vel cognitione praetoria (der erste Weg) vel rescissa alienatione dato in rem iudicio (der zweite).

k) Mein Gegner hat in meiner Abwesenheit usucapirt, der Prätor restituirt mir rescissa usucapione die in rem actio, wenn ich nun diese erhebe, so ist noch immer möglich, daß ich den Proceß verliere, wie ich ihn, auch wenn es der Restitution nicht bedurft hätte, hätte verlieren können, z. B. weil ich mein Eigenthum nicht beweisen kann.

l) L. 21 §. 6 D. quod metus c. (4, 2): si coactus hereditatem repudiem, duplici via praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando (der zweite Weg), aut actionem quod metus causa praestando (der dritte), ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat. Dabei konnte die Frage entstehen, wann durch Klage, wann durch Einrede geholfen werde, die Frage behandelt L. 9 §. 3 D. eod., in der man mit Unrecht eine Andeutung der verschiedenen Arten des Restitutionsverfahrens überhaupt hat finden wollen. Wegen der Ansichten Anderer über dieses Verfahren vgl. Zimmern, Civilproc. §. 101. Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 24. 25. (Savigny, System VII. S. 238, der sich gleichfalls gegen die vom Vrf. angenommene Spaltung des iudicium rescindens und die Ueberweisung eines Theils der Restitutionsfrage an einen Judex erklärt. R.)

der wahren in integrum restitutio. Daß eine solche besondere Klage oder Einrede zur wahren Restitution gehört, hängt davon ab, daß dem Prätor jene Untersuchung und Entscheidung[m]) über die „iustitia causae" (Note f) vorbehalten bleibt, also jener rechtliche Theil der Entscheidung, wozu die Ertheilung einer von dem ordentlichen Recht sich entfernenden Hülfe auffordert. Sowie diese vorhergehende Entscheidung wegfällt, oder einen andern Charakter annimmt (sich nicht mehr auf die Collision zwischen dem bestehenden Recht und den Forderungen einer höheren Gerechtigkeit bezieht), fallen solche Rechtsmittel aus dem Kreis der wahren Restitutionen heraus, und dieß ist in Folge der Fortbildung des ordentlichen Rechts in nicht wenigen Fällen geschehen.[n]) So hat Dolus und Metus mehrfach aufgehört ein eigentlicher Restitutionsgrund zu sein, und ist zum Grund eines ordinarium auxilium geworden. Dieß gilt namentlich von der exceptio doli oder metus, aber auch von der Klage wegen Dolus in manchen Fällen.[o]) So viel leuchtet aber ohnedieß ein, daß die Restitution durch eine besondere Klage oder Einrede, auch wo sie eine solche noch wirklich ist, sich doch sehr bedeutend von den übrigen unterscheidet. Da der Prätor nur einen Theil der Restitutionsfrage erledigt, so kann der in Folge des prätorischen Decrets zu jenem Rechtsmittel Zugelassene noch nicht (auch abgesehen von der reellen Restitution) für vollständig restituirt erachtet werden, da dieß noch von dem Urtheil des Judex über die Thatsachen abhängt. Daraus erklärt es sich ganz wohl, daß die Juristen öfters nur bei den zwei ersten Behandlungsarten von einer Restitution sprechen und diese

m) In L. 9 §. 3 cit. wird sie mit dem Wort interloqui bezeichnet.

n) In dieser Weise hörte die Wiederherstellung der durch capitis deminutio des Gegners verlornen Klagen auf, eine wahre restitutio zu sein. Sie war es ursprünglich, und die Juristen führten sie herkömmlich unter den Restitutionsfällen fort, aber der Prätor gab später die Klagen ohne causae cognitio, und die Verjährung der Restitution fiel weg, sie war daher praktisch in der That keine Restitution mehr; den Grund dieser Veränderung haben wir in der Entwickelung des Rechtsbewußtseins zu suchen, dem jene Wirkung der capitis deminutio als allgemein (nicht bloß unter Umständen) unangemessen erschien.

o) In dem Edictum perpetuum erscheint die actio doli noch als eine Restitution: „Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, *et iusta causa esse videbitur*, iudicium dabo." So gab der Prätor die Klage nur ex magna et evidenti calliditate, und dieses Requisit zu untersuchen, behielt er sich vor.

so der dritten entgegensetzen.[p]) Entschieden endlich ist es keine in integrum restitutio, wenn man sich auf erlittenen Zwang oder Betrug vor dem Judex vermöge der allgemeinen Natur des Judiciums berufen kann. Dieß ist der Fall bei den bonae fidei iudicia, deren Natur selbst jene Berücksichtigung von dolus und metus dem Urtheil des Richters unterstellt, ohne daß es eines besonderen Auxiliums, einer vom Prätor gewährten außerordentlichen Hülfe bedarf.[q])

E. Rescriptsproceß.[a])

CLXXVIII. Unter den Principes entstand eine eigenthümliche Einleitung des Verfahrens, die besonders dadurch bemerkenswerth ist, weil der größte Theil der Constitutiones Principum aus der dritten Periode, die wir in unsern Quellen besitzen, ihr seinen Ursprung verdankt (Bd. I §. 111).

Ein Proceß kann sofort an den Princeps gebracht werden durch eine Bittschrift (libellus principi datus, preces, supplicatio), worin die Partei, die diesen Weg einschlägt, unter Vorlegung der Thatsachen, die das streitige Verhältniß bilden, ihn um Entscheidung bittet. Hier ist nun, wenn der Princeps überall darauf eingeht, ein doppelter Fall möglich. 1) Der Princeps übernimmt die Untersuchung, sei es, daß er sie selbst führt oder sie einem seiner Beamten überträgt, der ihm darüber zu berichten hat, worauf er sodann durch ein decretum entscheidet. Dieß geschah indessen selten, und wahrscheinlich besonders dann, wenn das factische Verhältniß einfach, dagegen der anzuwendende Rechtssatz an und für sich zweifelhaft war.[b]) 2) Der bei weitem häufigere Fall, und von dem hier allein die Rede ist, war der, daß der Princeps ein Rescript auf den einseitigen schriftlichen Vortrag der Partei erließ, worin er die Rechts-

---

p) L. 7 §. 1 D. de in int. rest. (4, 1): — potius restituere litem — quam actionem famosam (de dolo) constituere —. L. 1 §. 6 D. de dolo m. (4, 3): — etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere —. Dieser letzte Ausspruch hat folgenden Sinn. Die actio doli (wie auch die actio quod metus causa, obwohl es bei dieser weniger streng genommen wurde) wird nur in Ermangelung einer andern Klage gegeben, und dieß soll selbst dann gelten, wenn eine solche Klage zwar nicht mehr statt hat, aber durch in integrum restitutio (s. oben unter 2) wieder erlangt werden kann.

q) L. 3 C. quib. ex caus. mai. [2, 54.]

a) Bethmann-Hollweg, Handbuch I §. 38.

b) So z. B. L. ult. de hered. inst. (28, 5.)

säße, nach welchen das Verhältniß zu beurtheilen sei, aufstellt, also dem Richter die Entscheidung vorzeichnet, aber unter der (auch stillschweigend sich verstehenden) Bedingung, daß die Thatsachen in Wahrheit so sind, wie die Bittschrift sie enthält (si preces veritate nitantur). Offenbar hat ein solches Rescript eine allgemeine Aehnlichkeit mit der formula, und diese Aehnlichkeit wird noch vollkommener, wenn der Princeps zugleich einen Beamten besonders ernennt, der in Gemäßheit des Rescripts untersuchen und entscheiden soll, also einem bestellten Richter analog ist. Ist dieß nicht geschehen, so ist die Partei mit dem Rescript an die ordentliche Gerichtsbehörde gewiesen, der sie es insinuirt, und die sodann, nach Ermessen, entweder die Sache extra ordinem untersucht und entscheidet, oder einen Judex bestellt und ihn auf das Rescript instruirt.[c]) Der Gegner kann der ihm nachtheiligen Wirkung des Rescripts durch den Einwand begegnen, daß es von dem Impetranten durch Entstellung der factischen Verhältnisse erschlichen sei (praescriptio mendaciorum), bestehe diese Entstellung in der Beimischung falscher Thatsachen (subreptio), oder in der Zurückhaltung wahrer (obreptio).

Auch der Richter konnte, wenn er die Sache untersucht hatte und über das zu sprechende Urtheil zweifelhaft war, durch einen anfragenden Bericht vom Princeps sich die Entscheidung erbitten, dieser Bericht heißt relatio oder consultatio (ante sententiam, vgl. §. 186. 187). Das Rescript, welches hier die Sache definitiv entscheidet, kann ebenfalls aus dem Grund unvollkommener oder unrichtiger Darstellung der Thatsachen in dem Bericht des Richters angefochten werden,[d]) diese Provocation aber fällt weg, wenn den Parteien der Bericht mitgetheilt, und von ihnen keine Einwendung gegen ihn erhoben worden ist.[e])

F. Execution.[a])

CLXXIX. Wenn eine richterliche Sentenz den Inhalt hat, daß sie der unterliegenden Partei eine Leistung auferlegt, wenn sie also condemnatorisch ist, so begründet sie eine Verpflichtung auf iudica-

c) L. 9 D. de off. praes. (1, 18.)
d) L. 1 § 1. 2 D. de appell. (1, 18.)
e) L. 3 D. quando appell. (49, 4.)
a) Bethmann-Hollweg, Handbuch I §. 28—30.

tum facere.[b]) Welcher Weg ist nun dem Kläger eröffnet, den ihm condemnirten Beklagten zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu vermögen, mit andern Worten: welches sind die Mittel der Execution einer Sentenz? Dieselbe Frage entsteht bei denen, die wegen Confessio, oder Iusjurandum, oder wegen Contumacia pro damnatis geachtet werden.

Vor allem ist gesetzt, daß die Execution auf rechtlichem Weg, und zwar durch Hülfe der Magistrate gesucht werde. Es ist keine reine Privatgewalt zulässig; die pignoris capio, die zwar ein feierlicher, aber ein Act ohne den Magistrat war, ist nicht ein zur Execution einer Sentenz bestimmtes Verfahren (§. 162 a. E.). Die Hülfe des Magistrats aber wird gesucht und herbeigeführt durch eine actio (iudicati oder pro iudicato), welche aus der obligatio iudicati entspringt. Nun läßt es sich denken, daß diese wiederum den gewöhnlichen Verlauf hat, so daß wie bei einer andern Klage ein Judicium bestellt wird. Dieß wird dann nothwendig, wenn der Beklagte das Recht des Klägers auf zulässige Weise bestreitet.[c]) Aber er wird nur dann dazu gelassen, wenn er die cautio iudicatum solvi

b) Gai. III. 180. Es ist hier nicht die Rede 1) von Sentenzen, die bloß die Existenz eines Rechts oder sonstigen Zustands aussprechen, wie die auf die legis actio sacramento: sacramentum iustum videri, ferner die auf eine Präjudicialklage (§. 175), 2) von Adjudicationen, wodurch der Richter das Eigenthum giebt Die Wirkung dieser Sentenzen fordert unmittelbar keine Leistung des Gegners, es kann also nicht von einer Execution derselben gesprochen werden, sie exequiren sich selbst, nur daß sie einen Anspruch auf eine Leistung zur Folge haben können. Es bleiben also nur die condemnatorischen Sentenzen übrig. Der Hauptfall und für das Formularverfahren der einzige ist der einer Condemnation in Geld. Soweit nach ältestem Recht eine Condemnation in eine andere Sache statt hatte, haben wir darum keinen hinreichenden Grund, einen von dem bei einer Geldsentenz verschiedenes Executionsverfahren anzunehmen, weil erstere durch das arbitrium liti aestimandae in letztere verwandelt wurde. Note t.

c) Er kann es dadurch, daß er 1) überhaupt längnet, daß eine Sentenz gesprochen sei, dieß wird natürlich selten vorkommen; 2) daß er die Sentenz als nichtig darstellt, s. Dig. XLIX. 8: quae sententiae sine appellatione rescindantur; daß er das Judicat anerkennt, aber die Forderung daraus als getilgt (durch Zahlung, Novation 2c.) behauptet, ipso iure oder ope exceptionis, L. 7 D. de re iud. (42, 1) L. 28 §. 8 D. de iureiur. (12, 2), L. 32 C. de transact. (2, 4.). Daß der Anspruch, über welchen die Sentenz entschieden hat, nicht bestand, schützt nicht gegen die actio iudicati, weil res iudicata pro veritate accipitur (§. 175). Nur ausnahmsweise werden einige Einreden, die gegen die ursprüngliche Klage gerichtet sind, auch gegen die actio iudicati noch gestattet, §. 170 Note x.

leistet (§. 157), und wenn er Unrecht behält, so wird sein Widerstand dadurch bestraft, daß er in das Doppelte condemnirt wird.[d]) Ist diese Condemnation erfolgt, oder war schon vorher keine Veranlassung, auf die iudicati actio ein Judicium zu bestellen, so wird der Anspruch aus dem Judicat schon in iure erledigt, d. h. es wird zu den Zwangsmitteln gegriffen, die das Recht für die Execution der Sentenz festsetzt.

Als das einfachste Mittel der Execution könnte dieß erscheinen, daß unmittelbar das Vermögen des zahlungsflüchtigen Verurtheilten angegriffen, und daraus dem Kläger seine Befriedigung verschafft werde. Dieß war keineswegs die Ansicht des römischen Volks, erst spät ist es bei ihm, wie unten sich ergeben wird, zu einer solchen unmittelbaren Execution in das Vermögen gekommen. Und in der That ist es, wenn wir näher zusehen, nicht die Vermögensexecution, die sich dem Rechtssinn zunächst darbietet. Betrachten wir die Sache zuerst formell, so geht der Anspruch aus dem Judicat, wie jede Obligatio, auf eine Leistung des Condemnirten, und insofern dieser sie aus seinem Vermögen zu bestreiten hat, allerdings mittelbar auf einen Vermögensbestandtheil, aber nicht so, daß dieser dem Recht des Gläubigers vermöge der Obligatio selbst unmittelbar unterworfen wäre. Aus der Natur der Obligatio für sich folgt daher nur die Forderung, daß der Schuldner zahle; daß der Gläubiger ohne das Medium des Schuldners sich selbst aus den Gütern des Schuldners bezahlt mache, ist eine Ueberschreitung des Rechts der Obligatio.[e]) Dazu kommt nun noch als materieller Grund, daß ein strenges Freiheitsgefühl sich gegen einen solchen Eingriff in das Vermögen mit Umgehung der ihm vorgesetzten Person sträuben wird. Dieß hat die ältesten Römer bewogen, streng an dem Grundsatz festzuhalten: die Person ist obligirt, an die Person muß sich der

d) Gai. IV. 9. 171. Paul. sent. I. 19, 1. Cic. pro Flacco 21. Dieß steht der Möglichkeit eines Vergleichs (vgl. §. 157 Note f) nicht entgegen, wenn nur noch eine Ungewißheit des Anspruchs aus dem Judicat übrig (L. 7 pr. 11 D. de transact. 2, 15), und damit ein Vergleich überhaupt denkbar ist. Wegen der Richtung der actio iudicati auf das Duplum ist die Uebereinkunft nur dann ungültig, wenn sie vorzugsweise diese Strafe zum Gegenstand hatte.

e) Jene Befugniß kann der Schuldner dem Gläubiger durch Zuweisung einer Sache, aus der er sich bei nicht erfolgter Zahlung befriedigen solle, einräumen, aber sie ist dann nicht Inhalt der Obligatio, sondern eines besonderen, damit verbundenen Rechts, des Pfandrechts.

Gläubiger halten, von dem Schuldner muß es abhängen, ob er sich mittelst seines Vermögens lösen will, es giebt nur eine persönliche Execution.

Die Zwölf Tafeln schreiben darüber folgendes vor.[f]) Der Condemnirte, und wer diesem gleichsteht, hat dreißig Tage Frist.[g]) Nach dieser Zeit kann mit Manus Injectio (§. 162) gegen ihn verfahren werden.[h]) Löst er sich nicht durch Zahlung oder Stellung eines Vindex, so nimmt der Kläger ihn mit sich und hält ihn gefesselt im Gefängniß.[i]) In dieser Haft muß ihm gestattet werden, von seinem Gut sich zu beköstigen, will er dieß nicht, so muß ihm der Gläubiger ein Pfund Mehl täglich geben.[k]) Sechzig Tage bleibt

---

f) Gell. XX. 1. g) „Aeris confessi rebusque iure indicatis triginta dies iusti sunto.“

h) „Post deinde manus iniectio esto, in ius ducito.“

i) „Ni iudicatum facit, aut quis endo em iure vindicit, secum ducito vincito aut nervo aut compedibus quindecim pondo ne minore aut si volet maiore vincito.“ Man erwartet eher: ne maiore a. s. v. minore, und so hat Cujacius aus einer Handschrift verändert. Daß daß Gesetz das Minimum des Fesselgewichts bestimmt hätte, hält man für unwahrscheinlich, aber dann müßte man auch das Gebot vincito unwahrscheinlich finden. Der Sinn des Gesetzes ist folgender. Es schreibt genau den Modus der Execution vor, den der Gläubiger eben so genau einhalten muß, wenn der Verurtheilte als sein Schuldknecht beurtheilt werden soll: führt der Gläubiger ihn nicht mit sich weg, fesselt er ihn nicht, so mag er das thun, wie er ihm ja auch die Schuld selbst erlassen kann, das Gesetz ist weit entfernt, ihn zur Execution zu zwingen, aber jener gilt nicht als sein Schuldknecht. War nun einmal das Fesseln für die Wirkung der Schuldknechtschaft vorgeschrieben, so lag es ganz nahe, durch eine nähere Bestimmung ein bloß illusorisches Fesseln auszuschließen. Als vinctus soll nur der gelten, der mit Fesseln von wenigstens 15 Pfund Gewicht gefesselt ist, außerdem hat der Gläubiger so wenig einen Anspruch auf die aus diesem Executionsverfahren weiter folgenden Befugnisse, als wenn er den Schuldner, statt des ducere, frei hat in seine Wohnung zurückgehen lassen. Es liegt in jener Bestimmung des Gesetzes so wenig die Absicht, die Schuldner von Staatswegen zu drücken, als man z. B. sagen wird, das Recht, indem es ausspricht: wer ein wildes Thier aus dem Gewahrsam in einen Park laufen lasse, verliere den Besitz — habe damit diese Handlung verhüten wollen. Auch sind funfzehnpfündige Fesseln keineswegs eine übermäßige Last, man muß vielmehr behaupten, sie bilden eben nur das Gewicht, dessen Anlegung als eine Sicherung des Abgeführten zu betrachten war. (Die erste Ausgabe gründete die Abduction nach dem Vorgange des Juristen Sextus Cäcilius bei Gellius XX. 1 auf eine Addiction durch den Prätor. Allein die zwölf Tafeln gestatten dem Gläubiger ein eigenmächtiges ducere: das duci iubere kraft des Imperium gehört erst der prätorischen Execution an. Vgl. auch Huschke, Recht des Nexum 1846. S. 79 Anm. 97. S. 140. 147. 149. R.)

k) „Si volet suo vivito, ni suo vivit, qui em vinctum habebit,

der Schuldknecht in dieser Haft, während der ersten Hälfte dieser Zeit konnte er sich durch Zahlung oder Vergleich befreien, [l]) während der zweiten mußte ihn der Gläubiger an drei Nundinä vor den Prätor stellen und die Schuldsumme öffentlich verkündigen, damit sich etwa jemand finde, der ihn auslöse. Mit der dritten dieser Ausstellungen, wenn auch sie ohne Erfolg war, sollte die Schuldknechtschaft aufhören, der Gläubiger mußte ihn entweder freigeben, oder aus der Zahl der Bürger herausnehmen: durch Tod oder Sclaverei, das letzte geschah durch Verkauf trans Tiberim, in die Fremde, denn durch Verkauf an Römer wäre er nicht Sclave geworden.[m]) Waren mehrere Gläubiger, so überließ das Gesetz jedem, seinen Theil von dem Schuldner zu nehmen, wollten sie es nicht, so mußten sie sich unter einander vergleichen (indem der eine den Verkauf übernahm und die andern nach Uebereinkunft abfand), das Gesetz mengte sich darein nicht.[n])

---

libras farris endo dies dato, si volet plus dato.“ Der letzte Zusatz, der sich so sehr von selbst zu verstehen scheint, zeigt, wie förmlich die Sache behandelt wurde. Er schien nothwendig, um den großmüthigen Gläubiger gegen den Einwand zu sichern, er habe den Schuldner nicht als Schuldknecht behandelt, und so auf sein Recht verzichtet. Diese Bestimmung des Gesetzes unterstützt also die in der vorigen Note enthaltene Auffassung der vorhergehenden.

l) (Gell. XX. 1 erat autem ius interea paciscendi, L. 7. §. 19. — L. 10 pr. de pact. 2, 14 ganz wie man die Kapitalstrafe des Furtum und der Injuria abkaufen konnte. R.) Vgl. unten Note ii und kk. Darum eben war es nothwendig, die gesetzlichen Formen (Note i und k) genau einzuhalten, aus jeder Vernachlässigung wurde der Schluß der Befreiung gezogen.

m) (Ein Verkauf um einen Scheinpreis wie ihn Huschke a. a. O. S. 86 nach Livius epit. 55. — C. Matienus — *quod exercitum* in Hispania *deseruisset — sub furca diu virgis caesus est* et sestertio nummo veniit — annimmt, würde dem Gläubiger wenig genützt haben. R.)

n) „Tertiis nundinis partes secanto (lies secunto: Huschke, Nexum S. 88 Note 110. R.), si plus minusve secuerunt, se fraude esto.“ Die wahre Bedeutung ist: unter mehrern Gläubigern soll die Entscheidung nicht von der Uebereinstimmung aller abhängen, jeder einzelne kann die Sache zu Ende bringen, wenigstens durch sein Tödtungsrecht. Man hatte kein Beispiel, daß dieß wirklich geschehen sei, und das ist begreiflich genug; der grausame Ausdruck des Gesetzes hat aber auch nichts auffallendes, für eine Executionsordnung schien dieses barbarische Auftreten nicht unangemessen. So pflegen in unseren Tagen die Drohungen gegen Bankerutirer gefährlicher auszusehen, als sie sich in der Wirklichkeit gestalten. — Die vielfachen Versuche, die man von alter Zeit bis auf die neueste gemacht hat (einer der neuesten von Göttling, Gesch. der röm. Staatsverf. S. 323, vgl. dazu Osenbrüggen in Schneider's krit. Jahrbb. 1842 S. 113 ff.), das Gesetz anders, namentlich von einer Theilung in das Vermögen zu erklären, sind durchaus mißlungen, ja Niebuhr (II. 670) sagt nicht zu

Die Natur dieser Execution der Zwölf Tafeln läßt sich kurz so fassen. Sie gab dem Gläubiger ein sehr strenges Zwangsmittel gegen den Schuldner, um diesen zur Zahlung zu vermögen, aber sie gab ihm kein Befriedigungsmittel unabhängig von dem Willen des Schuldners, wenn er sich nicht durch Pfand vorgesehen hatte. Denn, was man gewöhnlich annimmt, daß durch Tödtung oder Verkauf die Güter, die der Schuldner noch besaß, dem Gläubiger zugefallen wären, ist sicher falsch; es paßt durchaus nicht in jenes Executionssystem, ja dieses würde durch diese Annahme völlig unvernünftig werden: den Gläubiger an das Vermögen des Schuldners weisen zu wollen, und keinen andern Weg dazu zu entdecken, als den Schuldner umzubringen oder in die Fremde zu verkaufen, wäre sicher keine große Weisheit gewesen.

Neuerdings ist behauptet worden, die bisher beschriebene Personalexecution sei überhaupt nur für eine gewisse beschränkte Classe von Fällen bestimmt gewesen, nämlich für das Gelddarlehen und solche Schulden, die durch Nexum dieselbe Natur erhalten hätten, gegen jeden aus einem andern Grund Condemnirten habe eine Vermögensexecution stattgefunden.[o] Der Hauptgrund gegen die Allgemeinheit der Personalexecution ist lex rubria cap. 21 und 22: in dem ersten werde für pecunia certa credita das duci iubere als Executionsform genannt, in dem zweiten bei allen andern Klagen „andere Wirkungen, nicht die persönliche Haft." Ich halte dieß nicht

---

viel, wenn er schon den Versuchen als solchen das Prädikat der Verkehrtheit und Unwahrheit beilegt. — (Jetzt nimmt Huschke, a. a. O. S. 81—93 von einer andern Grundansicht aus diese Meinung wieder in Schutz: Sextus Cäcilius bei Gellius XX. I. stellt das Verfahren gegen verurtheilte Contractsschuldner, besonders aus Darlehen, als Strafe des Treubruchs [perfidia debitorum] gegen ihre Creditoren dar. Diese Betrachtungsweise dehnt Huschke auf jeden pecuniae iudicatus aus. Im Geiste der alten Criminalgesetze wäre jene Strafe des Treubruchs durch Zerstörung oder Verkauf nicht nur am Caput, sondern auch an der Familia, den Kindern und Enkeln, wie dem Vermögen des Ungetreuen vollzogen [Edict des Consuls P. Servilius über die Nexi vom Jahr 259 bei Dionys. VI. 29. Liv. II. 24]. Die Zerstörung der Persönlichkeit im Vermögen, die Zerschlagung der universitas in ihre Elemente sei die sectio. Huschke erkennt jedoch an, daß diese Auffassung der sectio dem Bewußtsein der römischen Kaiserzeit [Quintilian. I. O. III. 6 §. 84. Tertullian. apolog. 4. Fragment des Dio Cassius bei Mai collect. script. vet. II. p. 143] fremd geworden war und daß sogar Sextus Cäcilius eine derartige Consequenz seiner Ansicht verschmäht hat. R.)

o) Savigny, über das altrömische Schuldrecht 1834.

für richtig. Der Unterschied zwischen beiden Kapiteln ist nur folgender: dort wird dem Municipalmagistrat gegen den Geständigen oder sonst pro damnato Erachteten die Execution überlassen (aber nur die Personalexecution), hier wird sie dem römischen Prätor in ihrem ganzen Umfang vorbehalten, und zwar ausdrücklich auch das duci iubere, so daß dadurch vielmehr die Anwendung der Personalexecution bei jedem Judicat außer allen Zweifel gesetzt wird.[p]) Der positive Grund für das frühere Vorkommen der Vermögensexecution ist nicht haltbarer, er besteht in dem von Livius (II. 24) angeführten Consularedict v. J. 259: ne quis civem romanum vinctum aut clausum teneret, quo minus ei nominis edendi apud consules

p) Um diesem Argument zu entgehen, nimmt Savigny an, dieser Abschnitt des 22. Kapitels beziehe sich zugleich auf das vorhergehende, und wenn es heiße eos duci, bona eorum possideri iubeto, so sei dieß so zu verstehen: duci, nämlich beim Darlehen, bona possideri, nämlich in den andern Fällen (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI S. 63 f.). Diese Suppositionen sind nun schon an sich unwahrscheinlich, sie werden aber, wenn ich nicht sehr irre, durch einen vergleichenden Blick auf die angeführten Kapitel entschieden unhaltbar. In jedem der beiden Kapitel sind drei Sätze enthalten. Cap. 21: 1) der Geständige u. s. f. soll wie ein damnatus behandelt werden, 2) der Municipalmagistrat soll gegen ihn die Execution durch duci iubere haben, 3) inwiefern kann der römische Prätor in solchen (Darlehens-) Fällen competent sein? — Cap. 22: 1) der Geständige u. s. f. soll so behandelt werden, wie wenn er in Rom bei dem Prätor geständig gewesen wäre, 2) der Prätor soll gegen ihn mit Personal- oder Vermögensexecution so vorschreiten, wie wenn das Geständniß u. s. f. bei ihm vorgekommen wäre, 3) kein Anderer als der römische Prätor soll für diese Execution competent sein. Man sieht, die drei Sätze entsprechen sich in jedem Kapitel Zug für Zug; daß Kap. 22 Num. 2 sich auf Kap. 21 mitbeziehe, ist undenkbar. — Savigny findet es noch anstößig, daß die Execution im Kap. 22 dem römischen Prätor vorbehalten sei, daß man also in diesen Fällen, z. B. von Padua vielleicht wegen einer Kleinigkeit die Reise nach Rom hätte machen müssen (Zeitschrift XI S. 65), nach seiner Erklärung wäre es möglich, über diesen Uebelstand hinwegzukommen. Nun ist es, beiläufig gesagt, mit der Reise nicht so streng gemeint, man kann durch einen Procurator das Gesuch stellen. Sodann ist in den angeführten Kapiteln gar nicht von der Execution eines Urtheils die Rede, sondern von der viel bedenklicheren gegen einen pro damnato zu Erachtenden, wodurch der Einwurf, insofern er gegen die obige Erklärung gerichtet ist, um die es uns hier allein zu thun ist, seine Kraft verliert. Ob auch die Execution eines Urtheils in den Sachen des Kap. 22 (immer nur durch duci iubere) den Municipalmagistraten der Gallia Cisalpina entzogen war, können wir hier ganz dahin gestellt sein lassen. — Man muß bei diesen Fragen stets auch die beträchtliche Anzahl wohlhabender und zum Theil vornehmer Römer im Auge behalten, die in den Provinzen angesessen zu sein pflegten, und die nun in Gallia Cisalpina der Jurisdiction der Stadtbehörden unterworfen werden sollten.

potestas fieret: ne quis militis donec in castris esset bona possideret aut venderet, liberos nepotesve eius moraretur. q) Für die gegenwärtige Frage ist es gleichgültig, ob man sich denkt, daß Livius das ächte Edict vor sich gehabt und diesem die Ausdrücke entlehnt habe, — denn auch so beweisen sie keineswegs das Dasein der Vermögensexecution, r) — oder ob man annimmt, der Historiker habe einer im allgemeinen überlieferten Thatsache den ihm angemessen scheinenden Ausdruck gegeben. Ich lege meiner Erklärung die letztere Annahme zu Grunde, die man wohl nicht anstehen wird für die wahrscheinlichere zu halten. Die Thatsache war einmal, daß die Gläubiger ihre Schuldknechte zum Kriegsdienst freigeben mußten (wobei der eine Consul jenen ihre Rechte zu sichern versprach, der andere diesen Hoffnung machte, ihre Befreiung werde um den Preis eines pflichtmäßigen Dienstes im Felde eine definitive sein), sodann daß während des Feldzuges keine rechtliche Verfolgung gegen die Soldaten zulässig sein sollte. Dieß letztere verstand Livius oder sein Auctor von einer Execution in das Vermögen und die Familie. Das ist auch gar nicht verwerflich, nur ist, wie es bei den Kindern ohnedieß geschehen muß, so auch bei den Gütern an eine Verpfändung zu denken.

Eine Beschränkung der Personalexecution ist jedoch allerdings anzunehmen: die ausschließliche Beziehung auf Geldcondemnationen. s) Da nun die Condemnation in den Legis Actiones immer auf die Sache selbst gieng (§. 161 d. 175 c), so mußte der siegreiche Kläger, auf den Grund des ihm von dem ersten Richter zuerkannten Rechts

---

q) Um die Erklärung dieser Stelle von einer Vermögensexecution zu beseitigen, hat man geglaubt, sie von dem Nexum verstehen zu müssen, Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilpr. I S. 301 Note 15. Sie enthält aber weder das eine noch das andere, vgl. v. Scheurl, vom Nexum S. 60. Es wird davon noch an einem andern Ort die Rede sein.

r) v. Scheurl a. a. O. Note 66.

s) (Liv. XXIII. 14 quique *pecuniae* iudicati in vinculis essent — Gell. XX. 1 — iudicatis triginta dies sunt dati, conquirendae *pecuniae* causa, quam dissolverent. — ad praetorem in comitium producebantur, *quantaeque pecuniae* iudicati essent, praedicabatur. Gai. IV. 2 quod tu mihi iudicatus sive damnatus es *sestertium decem milia* — ob eam rem tibi sestertium X milium manum iniicio — III. 78. bona — veneunt — iudicatorum post tempus — quod eis — ad *expediendam pecuniam* tribuitur. — Daher auch das condemnatus, ut *pecuniam* solvat im Edict Note w. R.)

mittels einer legis actio per iudicis arbitrive postulationem immer noch um ein arbitrium liti aestimandae bitten,[t]) erst die Sentenz in diesem Schätzungsproceß brachte ihm executionsfähiges Geldurtheil zu Wege. Im Formularproceß wurde das Judicium mit dem arbitrium liti aetimandae in ein Verfahren zusammengezogen.[u])

Die Gesetze, die nach den Zwölf Tafeln die Manus Injectio beschränkten (§. 162), tasteten sie doch nicht in ihrer hier betrachteten Anwendung als Executionsweg an, nur scheint (durch Gesetz oder Gewohnheit) die Alternative, die dem Gläubiger gestellt war, nach Ablauf von 60 Tagen den Schuldknecht entweder frei zu geben, oder ihn durch Tod oder Verkauf in die Fremde aus dem Verein der Bürger wegzunehmen, im Interesse der Gläubiger und der Schuldner aufgehoben worden zu sein. Die Folge war, daß die Schuldknechte auch nach dem Ablauf jener Frist in dem bisherigen Zustand blieben, bis das Gesetz des Pötelius 428 (§. 162) die Fesselung des Schuldknechts nach 60 Tagen verbot, nur die in Folge eines Delicts Adjudicirten sollten auf diese Wohlthat keinen Anspruch haben; seit dieser Zeit wurden sie als Arbeiter gehalten, und durften dem Gläubiger den Gewinn von ihrer Arbeit auf die Schuld abrechnen.[v]) So blieb die Personalexecution, als die Manus Injectio wegfiel, und wurde auf das Formularverfahren übertragen, wo der Magistrat ohne weitere Solennitäten duci iubet und damit addicirt, wenn der

---

t) (Valerius Probus §. 4, 10: A. L. A = arbitrum liti aestimandae. Vgl. §. 154 e, §. 173 d. In den Repetundenprocessen erhielt sich die abgesonderte Litis Aestimatio [Cic. pro Cluent. c. 41 aestimationem litium non esse iudicium] sogar noch länger als die legis actio sacramento. Rudorff, Zeitschr. für gesch. R. W. XII S. 139—149. R.)

u) Bachofen, das Nexum (1843) S. 135. Huschke, über das Recht des Nexum (1846) S. 14 Note 17.

v) Die besondere Beziehung des s. g. pötelischen Gesetzes auf das Nexum ist oben (§. 162) erwähnt worden. Ferner ist nichts gewisser, als daß es die Personalexecution nicht abgeschafft hat, deren Fortdauer noch in der dritten Periode durch die unzweifelhaftesten Zeugnisse beglaubigt ist. Dieß schließt aber nicht aus, daß sie doch auf die im Text angegebene Art auch die Execution der Sentenzen betraf, wofür Liv. VIII. 28. ne quis nisi qui noxam meruisset donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur — spricht ferner Varro de L. L. VII. 105 (Müll.): qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debebat . Das Abarbeiten ist nach Analogie des Freien, der noxae gegeben worden war, anzunehmen, Papinian. in der collat. II. 3

Verurtheilte auf die actio iudicati nicht entweder sofort zahlt, oder sofern er den Anspruch des Klägers bestreitet, satisdatio iudicatum solvi leistet. Eben so bei dem, welcher pro damnato geachtet wird.[w])

Aber sie blieb nicht der einzige Weg der Vollstreckung, es entstand daneben eine Execution in das Vermögen. Für einen gewissen Fall finden wir uns veranlaßt, eine solche schon früh anzunehmen. Wenn der Staat Ansprüche gegen seine Bürger durch die Magistrate geltend macht, z. B. auf Abgaben oder sonstige Leistungen, zu denen sie ihm auf irgend eine Weise verpflichtet worden sind, so gewährt das Recht der Multa und der Pignoriscapio (Bd. I §. 79 Note s) ein Zwangsmittel gegen den Säumigen, eben so das Jus Prensionis, vermöge dessen der Magistrat den Widerstand durch Gefängniß überwinden konnte (Bd. I §. 79 Note t. u), diese Zwangsmittel waren aber nicht immer Execution einer Sentenz, sondern vielmehr Einleitung zu einem Rechtsverfahren, wenn nämlich der Betroffene durch Provocation die Rechtmäßigkeit des Anspruchs in Abrede stellte.[x]) Als Execution aber einer Sentenz erscheinen sie bei dem, welcher in Folge eines Criminalprocesses zu einer Geldstrafe condemnirt worden ist, und hier geschah es denn wohl zuerst, daß neben jenen Zwangsmitteln eine unmittelbare Execution in das Vermögen entstand. Die Form dieser war die, daß der Prätor die Quästores auf den Besitz der Güter des Schuldners anwies (bona possessa), wodurch sie als dem Staat heimgefallen galten (publicata), worauf die Quästoren sie zum Verkauf an die Meistbietenden öffentlich ausschrieben (bona proscripta); die Güter wurden im Ganzen verkauft, dem Käufer (sector) addicirt und

---

w) (Bruchstücke des Edicts über diesen Punkt sind in L. 4. 5 D. de re iud. [42, 1] überliefert: condemnatus [ab eo], cuius de ea re iurisdictio est [Note p], ut pecuniam solvat, si neque solvat neque eo nomine satis faciat [so hätte nach Labeo im Edict stehen müssen, in der That stand nur: nisi solvat] — dann folgen die Vorschriften über das duci iubere und die Behandlung des Judicatus, L. 34 D. de re iud. [42, 1.] L. 43—45 D. de V. S. [50, 16] cf. Rudorff, ed. perp. p. 181 sq. R.)

x) So sagt auch Paulus L. 9 §. 6 D. ad L. iul. peculat. (48, 13) von dem Schuldner des Staatsschatzes: (pecuniam) ab eo is, qui hoc imperio utitur, *exigeret pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo*. (Vgl. das Edict des Tiberius Julius Alexander §. 4 Haubold, monum. p. 212. R.)

dadurch sein Eigenthum, [y]) gegen Zahlung des Kaufpreises an das Aerar. [z])

Diese Vermögensexecution wurde von einem Prätor Rutilius auf Privatgläubiger übergetragen. [aa]) Auf Antrag des Gläubigers giebt der Prätor missio in bona, sie heißt missio in possessionem rei servandae causa, [bb]) der Gläubiger erhält mittelst derselben die Detention der Güter und damit die Möglichkeit, für ihre Erhaltung zu sorgen, doch ohne Verdrängung des Schuldners. [cc]) Andere

---

y) L. Scipio war wegen Peculats zu einer Geldstrafe verurtheilt worden, der Prätor erklärte: se ni referatur pecunia in publicum, quae iudicata sit, nihil babere qnod faciat, nisi ut prebendi damnatnm et in vincula duci iubeat. Ein Tribun kündigte seine Intercession gegen diese Maßregel an. In bona deinde L. Scipionis possessum publice quaestores praetor misit. Liv. XXXVIII. 60. Dieses Recht bei Staatsforderungen (publice venire) unterscheidet noch Gaius von dem Verfahren bei Privatforderungen, Gai. III. 80. 154. IV. 146. Vgl. Stieber, de bonor. emtione 1827. Pugge, Rhein. Mus. II S. 87 ff.

z) Der Name sector wird daraus erklärt, daß diese Käufer nachher die Güter zerschlugen und einzeln wieder verkauften, um so mit Gewinn zu ihrer Auslage zu kommen, Pseudo-Ascon. in Verr. I. 20. 23 (Orell. p. 172. 177). (Vgl. §. 180 qq. Bd. III. §. 327 n. R.)

aa) Gai. IV. 35: quae species actionis — a praetore Publio Rntilio, qui et bonorum venditionem introduxisse *dicitur*, conparata est. (Dieser Prätor P. Rutilius ist ohne Zweifel der bekannte Staatsmann und Jurist, der 649, nicht der P. Rutilius Lupus, welcher 664 Consul war [L. 2 §. 40 D. de O I. (1, 2) Cic. pro Planc. 21. Festus v. rutuli). Nun wird aber die bonorum venditio schon in der lex thoria c. 26 [Rudorff, Zeitschrift X S. 173, Huschke in Richter's Jahrbb. 1841 S. 608], also im Jahre 643, erwähnt, in welchem P. Rutilius Rufus gewiß noch nicht Prätor war. Wahrscheinlich gehört ihm also nur die Ausbildung der bonorum venditio durch die rutiliana actio an, während ihre Entstehung bis zur Lex Pötelia hinaufreichen mag. R.)

bb) Dig. XLII. 4: qnibus ex causis in possessionem eatur. XLII. 5: de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. Gai. III. 77—81. (Der Gläubiger muß in seiner Person eine Forderung, oder, was ihr gleich steht, ein vom Gegner versäumtes Vadimonium [L. 2 pr. D. quib. ex caus. (42, 4)], in der Person des Schuldners einen der Missionsgründe des Edicts nachweisen. Diese waren nach Cic. pro Quinct. c. 19: qni fraudationis causa latitarit, cui heres non exstabit, qui exsilii causa solum verterit, [der vierte Grund: qui absens iudicio defensus non fuerit, den Manche (auch Keller, sem. I p. 44—68) einschalten, beruht nicht auf handschriftlicher Autorität]. Da die Gründe schon im Edict standen, so bedurfte es nicht erst einer causae cognitio und eines primum decretum über ihre Zulänglichkeit zum Zweck der Mission. Keller, semestria [1843] I §. 2. 3. R.)

cc) In der Rede für den Quintius, wobei es sich um Anfechtung einer solchen Mission und ihrer Folgen handelte, referirt Cicero das prätorische Edict über diesen Punkt folgendergestalt (cap. 27): qui ex edicto meo in posses-

Gläubiger, die aus dem Vermögen des Schuldners ihre Befriedigung suchen wollen, können sich anschließen, die gegebene missio gilt dann auch mit für sie.[dd]) Bleibt die Sache länger auf diesem Punkt stehen, so wird ein curator bonorum von den Gläubigern gewählt, von dem Prätor bestätigt und bestellt.[ee]) Regelmäßig wird mit der possessio bonorum ein offener Arrest verbunden, um Dritte zur Ablieferung der in ihren Händen befindlichen Güter des Schuldners an die Gläubiger oder den Curator zu veranlassen. Dieß geschieht durch öffentliches Ausschreiben, proscriptio bonorum, mittelst angeschlagener libelli.[ff]) Diese Proscriptio hat zugleich die Bestimmung, anderen Gläubigern die Kenntniß des Vorgangs und damit die Möglichkeit der Anschließung zu verschaffen. Nun sind aber Fristen für den weiteren Verlauf festgesetzt, zu dem Zweck, um dem Schuldner oder seinen Erben die Abwendung des Verkaufs durch Befriedigung der Gläubiger (oder bei einem indefensus durch defensio) möglich zu machen. Dreißig Tage nach der Proscriptio eines lebenden Schuldners, funfzehn Tage, wenn die Verlassenschaft eines Verstorbenen verkauft werden soll,[gg]) kommen die Gläubiger in Folge eines zweiten prätorischen Befehls zusammen, und wählen einen aus ihrer Mitte, der magister heißt, und dem sie die Besorgung des Verkaufs übertragen. Dieser wird durch öffentlichen Anschlag (proscriptio, προγραφή) bekannt gemacht. Der Verkauf geschieht nach den unter den Gläubigern festgesetzten, vom Prätor genehmigten Verkaufsbedingungen (leges), in denen jedoch die vom Güterkäufer zu zahlenden Procente offen bleiben, nach Ablauf einer gleichen Frist von 30 oder 15 Tagen[hh]) an den Meistbietenden. Bis zum Zu-

---

sionem venierint, eos ita videtur in possessione esse oportere: quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant, quod non poterunt, id auferre et abducere licebit. Dominum invitum detrudere non placet.

dd) L. 12 pr. D. de reb. iud. (42, 5.)

ee) Dig. XLII. 7: de curatore bonis dando.

ff) (Cic. pro Quint. c. 15. Seneca de benef. IV. 11. Tibull. II. 4. 55. R.)

gg) Die venditio bonorum mortui bezieht sich auf den Fall, wenn der Verstorbene keinen Erben findet, indessen können seine Gläubiger, auch wenn ein Erbe vorhanden ist, bei dem Prätor darauf antragen, daß ihnen die Güter des Verstorbenen überlassen werden, wie wenn kein Erbe existirte, um durch diese Trennung eine ihnen nachtheilige Concurrenz mit den Gläubigern des Erben zu vermeiden, Dig. XLII. 6: de separationibus.

hh) Die Handschrift des Gaius (III. 79) giebt als Frist für die Wahl des

schlag konnte der Schuldner sich zur Defension erbieten und das Vermögen wieder an sich ziehen, jedoch mußte er nunmehr, als eine nicht mehr sichere Person, iudicatum solvi caviren, [ii]) denn eben mit dem Ablauf der ersten dreißigtägigen Frist tritt die an das prätorische Concursverfahren geknüpfte Infamie ein. [kk]) Die Güter werden im Ganzen verkauft, und der Kaufpreis, zu welchem der bonorum emtor sich anheischig macht, besteht in der vollen oder theilweisen Befriedigung der Gläubiger, so daß der Meistbietende der ist, welcher den Gläubigern, die sodann ihre Forderungen gegen ihn geltend machen, die größere Quote derselben zu zahlen verspricht. Ursprünglich standen alle Gläubiger gleich, jeder hatte denselben Anspruch auf Befriedigung, jedem wurden von dem Bonorum Emtor

---

Magister 15, für den Verkauf 20 Tage, eine dieser Zahlen beruht sicherlich auf einem Schreibfehler. (Theophitus III. 12 pr. führt aus dieser Stelle eine *τρίτη προσέλευσις, ἐν ᾗ ἐπετρέποιτο ποιήσασθαι* legem bonorum vendendorum *τοῦτ᾽ ἔστιν ὅρον τῶν διαπιπρασκομένων* an. Danach restituirt Huschke [Recht des Nexum S. 153 Note 220, iurispr. ant. ed. 2 p. 227]: itaque si vivi bona veneant, in diebus *X. l. b. v.* [*legem bonorum vendendorum fie*]ri iubet, si mortui, in *diebus u* [*quinque*], *a quibus tum* (jetzt tandem) vivi bona XX, mortui vero X emptori addici iubet. Jetzt liest Studemund: si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi, si vero mortui post XV. postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari id est eum per quem bona veneant. itaque si vivi bona veneant in diebus *(X)* venditionem fieri iubet, si mortui in dimidio. diebus *itaque* vivi bona XXXX, mortui vero XX emptori addici iubet. Theophilus hat sich offenbar durch das Wort itaque zu der Annahme dreier Fristen bei Gains verleiten lassen, während ihrer in der That nur zwei sind, eine dreißigtägige für den Besitz und eine zehntägige für den Verkauf des Vermögens. Vgl. Krüger, krit. Versuche (1870) S. 134 f. R.)

ii) (Die frühere Ansicht gieng dahin, daß schon die erste Mission [Note bb] eine defensio cum satisdatione zur Folge gehabt hätte. Aber Sextus Nävius bei Cic. pro Quinct. c. 8 legt offenbar alles Gewicht darauf, daß dem Decret schon ein dreißigtägiger Besitz vorausgegangen war [a Cn. Dolabella — praetore postulat, ut sibi Quinctius iudicatum solvi satisdet, ex formula, quod ab eo petat, cuius ex edicto praetoris bona dies XXX possessa sint. non recusabat Quinctius, quin ita satisdare iuberet, si bona possessa essent ex edicto]. Jene erste Mission bewirkte mithin nur eine vorläufige Beschlagnahme, die durch einfache Defension [ohne Satisdatio], wie im alten Recht die Privathaft durch Pactio in den ersten 30 Tagen, rückgängig gemacht werden konnte. Vgl. Keller, sem. [1843] I p. 4. 72—110. R.)

kk) (Die gewöhnliche Meinung knüpft die Infamie entweder an die Mission oder an den Zuschlag, siehe dagegen Cic. pro Quinct. c. 8. 9, , wonach die allgemeiner gehaltenen Zeugnisse, Gai. IV. 102. §. 216 Note p. genauer zu bestimmen sind. Vgl. Keller, semestr. [1843] I §. 5. R.)

(vorausgesetzt, daß ihre Forderungen wirklich begründet erfunden würden) dieselben Procente zugesagt. In der dritten Periode wurden manche Forderungen privilegirt, d. h. sie sollten bei der Befriedigung den andern vorgehen. Hier war also bei dem Verkauf vor allem festzusetzen, wie viel der Käufer den privilegirten Gläubigern zahlen solle, und sodann, wenn er diese vollständig zu befriedigen übernahm, ob er etwas und wie viel er den übrigen gewähren wolle. Wer eine Vindication hat (sei es als Eigenthümer einer im Besitz des Schuldners befindlichen Sache, oder als Pfandgläubiger u. s. f.), nimmt, sofern er sich auf diese Klage beschränken (z. B. als Pfandgläubiger lediglich aus der ihm verpfändeten Sache seine Befriedigung suchen) will, an der missio und venditio bonorum keinen Theil. Der bonorum emtor tritt insofern an die Stelle des Schuldners, als die Gläubiger auf die von ihm zugesagten Procente ihre Forderungen gegen ihn verfolgen, der Schuldner selbst aber wird, soweit sie auf jenem Weg ihre volle Befriedigung nicht erhalten, keineswegs befreit, nur daß die Personalexecution nicht gegen ihn stattfindet, außer wenn er dolose (in fraudem creditorum) sein Vermögen vermindert, und dadurch verursacht hat, daß die Gläubiger weniger als außerdem durch die venditio bonorum erhalten haben. Auch der, an welchen durch eine solche alienatio in fraudem creditorum facta etwas gekommen ist, kann unter Umständen von den Gläubigern belangt werden.[ll])

Der Gläubiger hatte nun die Wahl, ob er den civilrechtlichen Weg der persönlichen, oder den prätorischen der Vermögensexecution einschlagen wollte. Hat er den letzten gewählt, so kann er auf den ersten nicht zurückkommen; auch wenn er aus den Gütern seine volle Befriedigung nicht erhält, kann er bei späterem Erwerb durch den Schuldner nur wieder zur Missio und Venditio greifen.[mm]) Durch eine Lex Julia (ob von Cäsar oder von Augustus, ist ungewiß) wurde eine Beschränkung jener Wahl in die Hand des Schuldners gelegt. Der Schuldner sollte durch freiwillige Abtretung seiner Güter, ces-

ll) Dig. XLII. 8: quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

mm) Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilpr. I S. 315 Note 60. 62. hält eine Verbindung des civilen und prätorischen Wegs für statthaft, aber nur wegen der lex rubria c. 22, die beide bloß im Gegensatz zum Duumvir zusammenfaßt, der nur die Personalexecution hat.

sio bonorum, seinen Gläubigern zuvorkommen, und die Personalexecution vermeiden können.[nn]) Diese Cession geschieht durch eine in beliebiger Form vorgenommene Erklärung jenes Inhalts an die Gläubiger, und hat die Wirkung der Missio.[oo]) Man hat gefragt, wie denn nach diesem Gesetz noch immer die Personalexecution und die Missio so häufig bei Insolventen habe vorkommen können, man stellt sich vor, jeder insolvente Schuldner werde, wo es ihm frei stand, zu jenem Mittel gegriffen haben. Eine Erklärung hat man darin gefunden, daß nur der durch Unglücksfälle insolvent Gewordene dieses „flebile auxilium" haben sollte.[pp]) Welche Bewandtniß es aber auch mit dieser Beschränkung haben möge — und so viel scheint richtig, daß die vortheilhaften Wirkungen der Cessio Bonorum von jeher einem betrüglichen Bankerutirer versagt wurden —, so ist es eine allgemeine Erfahrung, daß concursmäßige Schuldner geneigt sind, sich so lange als möglich in dem Besitz ihrer Güter zu erhalten, und auf Kosten ihrer Gläubiger zu leben, während diese letzteren eine baldige Cession für eine Wohlthat zu achten Ursache haben, und wir haben keine Veranlassung, bei den Römern eine andere Lage der Sache anzunehmen. Die Personalexecution war damals kein solches Schreckniß mehr, um dem Schuldner einen großen Eifer für die Ergreifung der Cessio einzuflößen, hatte er Güter, so konnte er voraussetzen, daß seine Gläubiger statt jener den reelleren Weg der Missio einschlagen würden, und darauf ließen es wohl die Meisten ankommen, statt sich mit zuvorkommender Abtretung zu beeilen.

Wenn wir von dem Fall einer Insolvenz des Schuldners absehen, und uns einen einzelnen Gläubiger einem ihm verurtheilten, oder geständigen, oder sonst pro damnato erachteten Schuldner gegenüber denken, dem die Mittel der Befriedigung nicht abgehen, so erscheinen die beiden jetzt dargestellten Executionsweisen als bedeutende

nn) Dig. XLII. 3: de cessione bonorum. Cod. VII. 71: qui bonis cedere possunt.

oo) Nur mit Ausnahme der Infamia, die den freiwillig abtretenden Schuldner nicht trifft, und daß ihm nicht jeder künftige Erwerb, sondern nur der seine dringendsten Lebensbedürfnisse übersteigende abgenommen werden kann.

pp) Diese Beschränkung läßt sich allenfalls in L. 1 C. Th. qui bonis (4, 20) finden, auf keinen Fall aber wird darin gesagt oder angedeutet, daß sie schon durch die Lex Julia selbst gemacht worden sei.

Umwege, nicht bloß die Personalexecution, wo der Gläubiger an die Person gewiesen ist, während es ihm um einen Vermögenswerth zu thun ist, sondern auch die Venditio Bonorum, welche die ganze unter der Jurisdiction des exequirenden Magistrats befindliche Gütermasse ergreift, während vielleicht ein kleiner Theil zur Erreichung des Zwecks hinreichte; es ist auch hier mehr auf eine Drohung gegen den Schuldner abgesehen, die diesen oder einen Freund desselben bewegen soll, zu zahlen oder einzustehen.[qq] Als das tiefe und empfindliche Gefühl der persönlichen Freiheit sich verlor, das auf diese indirecten Executionsarten geführt hatte, drängte sich die gemeinverständige Betrachtungsweise hervor, welcher der Umweg thöricht erschien, wo auf eine directere und sofort zum Ziel treffende Art zu helfen war. Es sind zwei solche unmittelbare Executionsarten, die in der dritten Periode eingeführt wurden. Die eine und ältere bestand darin, daß der Magistrat durch seine Diener so viele Gegenstände abpfänden ließ, als etwa zur Befriedigung des Gläubigers hinreichten, diese pignora capta wurden dann nach Ablauf von zwei Monaten durch den Magistrat verkauft, aus dem Erlös der Gläubiger befriedigt, der Ueberschuß dem Schuldner zugestellt.[rr] Zur Vollstreckung einer Senteuz und gegen den einer Geldschuld Geständigen wurde dieß bei weitem das gewöhnlichere Verfahren; obwohl die Missio nicht ausgeschlossen wurde, war jenes

---

qq) (In richtiger Erkenntniß dieser Unbeholfenheit der bonorum venditio als eines Executionsmittels versucht jetzt Dernburg [die emtio bonorum 1850] die Missio und Venditio aus dem Contumazialverfahren gegen latitirende und dingflüchtige Schuldner herzuleiten, deren Vermögen der Prätor einem neuen Herrn überwiesen hätte, weil er ihnen nicht ohne Weiteres einen Vertreter ernennen konnte [S. 154]. Dann wäre es aber doch menschlicher gewesen, lieber die Vertretung zu erweitern, wenn diese wirklich so beschränkt war, was z. B. nach Cic. in Verr. II. 43. 44 zu bezweifeln sein möchte. Die Vernichtung der vermögensrechtlichen Person [bona] läßt sich in der That nur aus der poena perfidiae debitorum [Gell. XX. 1. §. 179 n] erklären, die den anwesenden Bankerottirer so gut trifft, wie den latitirenden. R.)

rr) L. 15 §. 2 sqq. L. 31 D. de re iud. (42, 1.) Cod. VIII. 23: si in causa iudicati pignus captum sit. Zuerst kommt diese Anwendung der pignoris capio vor in einer Constitution des Antoninus Pius, L. 31 cit. In der lex rubria wird sie noch nicht erwähnt. (Zuerst wurde, wie bei der multa [Bd. I §. 53 g. §. 79 s], Vieh [res mobiles animales], dann Grundstücke [soli pignora], zuletzt iura genommen. Auf ersteres bezieht sich der Ausdruck pignora caedere, concidere für die Vollziehung der Execution [Crassus ap. Cic. de or. III. 1. Tibull. IV. 13, 17], der dem partes secare Note n §. 179 z entspricht. R.)

doch für den Gläubiger das bequemere. Bei einem Indefensus war es nicht anwendbar, hier blieb die Missio das ausschließliche Mittel, eben so im Fall der Insolvenz. Das andere directe Executionsverfahren betrifft die auf Restitution oder Exhibition einer Sache gerichteten Klagen. Wenn dem Beklagten durch das Arbitrium des Richters die Restitution oder Exhibition auferlegt ist, und er weigert sich dessen, so blieb nach älterem Recht nichts übrig, als ihn in den Werth, wie ihn das iusiurandum in litem bestimmte, zu condemniren, und diese Sentenz wurde dann auf die gewöhnliche Art vollstreckt. Nun aber sollte der Kläger auch eine directe Execution des Arbitriums fordern, nämlich darauf antragen können, daß dem Beklagten manu militari die Sache abgenommen und ihm zugestellt (oder vorgezeigt) werde, in welchem Fall der Beklagte dann nur noch wegen der Früchte und sonstigen Accessionen zu condemniren war.[ss]) Wahrscheinlich ist dieses Verfahren erst gegen das Ende der dritten Periode aufgekommen.

Es war bisher von der Execution einer richterlichen Sentenz und was dieser gleichsteht die Rede. Zur Vollstreckung eines Decrets hat der Magistrat, der es erlassen hat, vor allem die gewöhnlichen Mittel, die ihm sein Imperium an die Hand giebt: die Nöthigung durch Multa, Pignoriscapio, Prensio der Person. Dieß sind Zwangsmittel, keine eigentlichen Mittel der Vollstreckung: die letzteren traten ein bei der extraordinaria cognitio, wo sein Decret der Sentenz des Richters analog war. Hier nahm nun die Pignoriscapio zuerst jenen Charakter an, der vorhin in seiner Anwendung auf die Vollstreckung einer richterlichen Sentenz beschrieben worden ist.[tt]) Aber auch die ordentlichen Executionsformen wurden auf die

---

ss) Ulpian. L. 68 D. de rei vind. (6, 1.) Gegen die Behauptung, daß dieses Verfahren erst der vierten Periode angehöre, und nur durch Interpolation in die Pandektenstelle gekommen sei, und eben so gegen die entgegengesetzte, daß es von Alters her gegolten habe, siehe Bethmann-Hollweg, Handbuch I S. 330 ff. (Der Inscription nach bezog sich die Stelle ursprünglich auf die außerordentliche Fideicommißjurisdiction der Consuln; die allgemeine Schlußclausel wird später hinzugesetzt sein. Vgl. Wetzell, Vindicationsproceß S. 126. Rudorff, edictum perpetuum §. 174 not. 4. R.)

tt) L. 5 §. 10 D. de agnosc. lib. (25, 3) könnte auch von der Pignoriscapio als reinem Zwangsmittel verstanden werden, unzweideutig aber spricht L. 31 D. de re iud. (42, 1) von ihrer neueren Beschaffenheit, und diese Stelle ist aus einem Werk über die (extraordinariae) cognitiones genommen, ferner L. 32 §. 4 D. de admin. tut. (26, 7.)

magistratischen Decrete übertragen, dieß geht daraus hervor, daß die actio iudicati (oder wie sie genauer genannt wird quasi ex causa iudicati) daraus gegeben, und späterhin das Decret selbst oft sententia genannt wurde.[uu] Wenn endlich im ordentlichen Verfahren von dem Prätor eine Sache addicirt wird, so wird dem Kläger, wenn die Sache in iure gegenwärtig ist, gestattet, sie mit sich zu nehmen, und so jener Ausspruch direct vollstreckt.

G. Rechtsmittel gegen die Sentenz.

CLXXX. Wenn eine Sentenz die Erfordernisse nicht hat, die für ihre Gültigkeit vorgeschrieben sind, so ist sie **nulla**, sie ist so wirkungslos, wie wenn sie gar nicht gesprochen worden, also nicht einmal der äußere Schein einer Sentenz eingetreten wäre, jedem, der sie geltend machen will, kann ihre Nichtigkeit entgegengesetzt werden.[a]) Außer der schon oben (§. 175) vorgekommenen Gründen der Nichtigkeit gehören dahin: der Mangel eines gehörig bestellten Judiciums, sei es, daß der Besteller oder der Richter unfähig, oder die Bestellung selbst ungültig war,[b]) ferner daß eine Partei zur Zeit der Sentenz handlungsunfähig oder schon gestorben war, ohne daß sie einen gehörig bestellten Vertreter hatte,[c]) daß eine Person condemnirt oder absolvirt ist, die den Proceß nicht geführt hat.[d]) In einem Fall aber wird die Sentenz durch das bloße Stillschweigen der beschwerten Partei gültig: wenn sie nicht gebührend gehört oder in ihrer Abwesenheit die Sentenz gesprochen worden ist. Hier muß sie daher sofort nach erlangter Kenntniß von diesem Vorgang eine

---

uu) L. 40 pr. D. de minor. (4, 4) L. 75 D. de iudic. (5, 1.)

a) Dig. XLIX. 8: quae sententiae sine appellatione rescindantur. Cod. VII. 64: quando provocare non est necesse.

b) Vgl. §. 151—154. Cod. VII. 48: si a non competente iudice iudicatum esse dicatur. Es war vorgekommen, daß ein aus der Provinz entlaufener Sclave in Rom Prätor geworden war, man nahm in Erwägung der Verwirrung, die durch die Nichtigkeit seiner Acte entstehen müßte, ihre Gültigkeit an, L. 3 D. de off. praet. (1, 14.) Eben so rescribirt Caracalla für die Sentenz eines Richters, der zur Zeit des Processes im unbestrittenen factischen Zustand der Freiheit sich befand, L. 2 D. de sent. omn. iud. (7, 45.)

c) L. 9. 59 §. 3 D. de re iud. (42, 1) L. 2 D. quae sent. sine app. (49, 8.)

d) L. 1 C. de sent. omn. iud. (7, 45.)

Protestation (querela) einlegen, außerdem wird sie als zustimmend, und darum die Sentenz als gültig erachtet.[e])

Eine gültige Sentenz, in der von dem Recht vorgeschriebenen Art nach Ordnung des Judiciums zu Stande gekommen, war bis zu den Neuerungen, welche die dritte Periode auch über diesen Punkt des Rechts brachte, unabänderlich wie ein Rechtsgeschäft oder eine andere mit rechtlichen Wirkungen versehene Thatsache. Nur einer Möglichkeit der Anfechtung war sie so wenig, als andere civilrechtlich gültige Acte enthoben: der in integrum restitutio, wenn eine iusta causa dafür vorhanden war. Nicht bloß gegen eine unbillige Ordination des Judiciums (gegen die Litiscontestatio) fand sie Statt, wenn eine iniqua formula gegeben war, auf zu viel oder zu wenig oder mit Versäumung einer Exceptio (§. 167. 179), oder wenn ein Minderjähriger leichtsinnig eine Klage übernommen, und sich dadurch der Strafe des Läugnens oder einem andern Nachtheil ausgesetzt hatte, den er durch zeitige Nachgiebigkeit hätte vermeiden können[f]), sondern auch gegen die res iudicata, und hier wieder nicht allein, wenn die Unbilligkeit der Sentenz in der Formel liegt, sondern auch, wenn der Richter die selbstständige Ursache der Läsion ist. So kann ein Minderjähriger gegen eine ihm ungünstige Sentenz, natürlich die sonstigen Erfordernisse der Restitution vorausgesetzt, restituirt werden,[g]) ein Großjähriger wegen Abwesenheit,[h]) Dolus,[i]) und andern Gründen der Restitution für Großjährige. Es ist kein Grund, zu zweifeln, daß diese Restitution auch schon vor der dritten Periode

---

e) L. 3 C. quomolo el quando iudex (7, 43.)

f) L. 9 §. 2 D. de minor. (4, 4.)

g) L. 42 D. de minor. (4, 4) (— quod appellatio interposita maioribus praestat, hoc beneficio aetatis consequuntur minores.) L. 7 §. 12. L. 28. 29 §. 1, L. 44. 46 eod. L. 1 C. si adversus rem iudicatam restit postuletur (2, 27).

h) L. 7 §. 12 D. de minor. (4, 4.)

i) Paul. V. 5 a, 10 (falsis instrumentis religione iudicis circumducta). L. 33 D. de re iud. (42, 1.) Cod. VII. 58: si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum sit. Auch die exceptio oder replicatio doli findet gegen die Berufung auf eine durch Dolus veranlaßte Sentenz Statt und Zurückforderung des Gezahlten, L. 11 D. de except. (44, 1.) L. 4 C. si ex falsis instr. Hieher gehört auch die Bestechung des Richters, die Imperatoren haben constituirt, daß gegen eine dadurch erlangte Sentenz in integrum restitutio nicht nöthig sein sollte, L. 7 C. quando prov. (7, 64.)

zulässig gewesen und vorgekommen sei.[k] Die Folge der Restitution ist die Rescission des Urtheils, und daher die Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor demselben war, bei der Restitution gegen eine richterliche Sentenz wird daher die Möglichkeit eines neuen Judiciums eröffnet; wird gegen eine von dem Magistrat im Weg des außerordentlichen Verfahrens gegebene Entscheidung restituirt, so giebt der restituirende Magistrat selbst sofort eine andere an der Stelle der aufgehobenen.

Gegen die beschwerende Verfügung eines Magistrats gab es noch eine andere Hülfe. Sie beruht auf dem Recht gleichstehender und höherer Magistrate und der Tribunen, gegen eine solche Verfügung zu intercediren, und sie durch ihr Verbot wirkungslos zu machen. Der Beschwerte konnte diese Hülfe anrufen, appellare, worauf der Angerufene entschied, ob er von seinem Intercessionsrecht zu seinen Gunsten Gebrauch machen wollte oder nicht. Diese Intercession fand vielfache Anwendung bei der Civilrechtspflege.[l]

---

k) Verres erließ ein besonderes Edict, worin er in integrum restilutio gegen richterliche Sentenz versprach, Cic. Verr. II. 13. 23 (vgl. Bd. 1 §. 67 Note i). Diese besondere Ankündigung war für die Rechtsscherheit gefährlich, sie forderte jeden auf, sich an den Prätor zu wenden, und von dessen Willkühr eine Rescission des ungünstigen Urtheils zu hoffen. Ueberdieß hatte jener noch eine Drohung gegen die Richter, deren Urtheile er unrichtig befinden würde, hinzugefügt. Darum sagt Cicero: quo edicto omnia iudicia redegerat in suam potestatem. Daß die Restitution gegen Sentenzen überhaupt damals etwas unerhörtes gewesen sei, ist daraus nicht zu entnehmen.

l) Beispiele der Appellation: gegen die Conception der Formel Cic. pro Tull. 38. Ascon. in orat. in toga cand. (Orell. p. 84), vgl. Bd. 1 §. 67 Note a, gegen die Auflage einer Caution Cic. pro Quint. 20, gegen die Fortsetzung eines Judiciums Cic. pro Cluent. 27, gegen Verfügungen in Cognitionen extra ordinem Gell. VII. 19, cf. Liv. XXXVIII. 60. gegen Hindernisse der Execution Val. Max. VI. 5. R.) In allen desen Fällen waren Tribunen appellirt worden, von der Intercession des Collegen gegen die Verfügungen eines Prätors spricht Cic. Verr. I. 46. (Caesar, de bell. civ. III. 20. Vgl. jetzt Savigny, System VI. [1847] Beil. XV Appellatio und provocatio. Bisher unbekannte Beschränkungen des Intercessionsrects ergiebt die latinische Gemeindeordnung Lex Flavia Salp. c. 27: IIviris inter se et cum aliquis alterutrum eorum aut utrumque ab aedile aedilibus aut quaestore quaestoribus appellabit; item aedilibus inter se item quaestoribus inter se intercedendi *in triduo proximo quam appellatio facta erit poteritque intercedi, quod adversus hanc legem non fiat et dum ne amplius quam semel quisque eorum in eadem re appelletur,* ius potestasque esto. rel. Mommsen, Stadtr. 432. Die Beschränkung der Intercessionsbefugniß auf ein triduum

ein bestimmtes Verfahren war nicht dafür vorgeschrieben. Die Intercession der Tribunen hatte nur die Folge, daß der Act, gegen den sie erfolgte, cassirt wurde, eine andere Verfügung an die Stelle der cassirten zu setzen, blieb dem Decernenten, gegen den die Tribunen angerufen waren, vorbehalten; war ein Prätor gegen die Verfügungen eines andern angerufen, so konnte von diesem, wenn der Rechtsstreit an ihn gebracht ward, zugleich die Sache vorgenommen und erledigt werden. Für diese Hülfe war in Rom durch die Anwesenheit der Tribunen und anderer Magistrate reichliche Gelegenheit gegeben, in den Provinzen fehlte es daran, da es neben dem Prätor keinen Magistrat daselbst gab, der das Recht der Intercession gegen jenen gehabt hätte. Die Sentenzen der Richter waren diesem Einschreiten gänzlich entnommen, sie konnten vor der dritten Periode so wenig wie ein unter den Parteien geschlossenes Rechtsgeschäft durch Appellation angefochten werden.

CLXXXI. Es ist eine der bedeutendsten Veränderungen, welche die Entstehung des Principats mit sich gebracht hat, und ein erster Schritt zum späteren Untergang des alten Ordo Judiciorum, daß in die tribunicia potestas des Princeps das Recht gelegt wurde, gegen Sentenzen der Richter, selbst oder durch Bekleidung anderer Behörden mit dieser Befugniß, einzuschreiten. Daß an den Princeps gegen die Verfügungen aller Magistrate appellirt werden konnte, während umgekehrt gegen die seinigen keine Intercession zulässig war, daß ferner der Princeps als ein überall gegenwärtiger Tribun betrachtet wurde, und daß man ihn daher auch im ganzen Reich, auch in den Provinzen anrufen konnte, das war eine bedeutende äußere Veränderung, die sich aber doch noch vollkommen in die bisherige Ordnung einfügen ließ. Den Princeps aber in den Stand setzen, Appellationen gegen richterliche Sentenzen anzunehmen, und diese, nicht auf dem außerordentlichen Weg der In Integrum Restitutio aus den für diese bestehenden Gründen, sondern ordentlicher Weise und lediglich aus dem Gesichtspunkt, ob das Urtheil des Richters ein richtiges sei, seiner Cognition unterwerfen, setzte eine Entfernung von der alten Ansicht über die Stellung des Judex voraus, die den

und einmalige Ausübung in derselben Angelegenheit war den römischen Magistraten durch kein Gesetz aufgelegt, A. M. Keller, C. Pr. §. 82. R.)

Keim einer gänzlichen Umgestaltung des Processes in sich trug. Es setzte voraus, daß man den Judex selbst als eine Art von Beamten, die Bestellung desselben als eine Uebertragung magistratischer Functionen durch den bestellenden Magistrat, als eine Delegation an einen Gehülfen sich zu denken anfieng, dessen Acte sodann derselben Anfechtbarkeit, wie die des Magistrats selbst unterworfen waren. Es ist damit nicht gesagt, daß dieser Gedanke sich sofort in der ganzen Existenz des Judex wirksam erwiesen habe, vielmehr hielten die römischen Juristen in andern Punkten, wo es irgend zulässig war, an der alten Stellung des Judex und an dem Unterschied der datio iudicis und der delegatio fest (§. 151), erst gegen das Ende der dritten Periode begann er einen allgemeineren Einfluß zu erhalten, und schlug in der vierten zu Aufhebung der alten Ordnung aus. Dessenungeachtet ist es nicht weniger wahr, daß das Institut der Appellation, wie es sich in der dritten Periode ausbildete, unter dem, wenn auch noch vereinzelten, Einfluß jenes Gedankens entstanden ist.

Die Appellation, wie sie schon bisher gegen Verfügungen der Magistrate stattgefunden hatte, zu ordnen, dazu sah schon August sich durch die Ungerechtigkeiten in der Rechtspflege, die in den letzten Zeiten der freien Republik überhand genommen hatten, veranlaßt. In den Provinzen zumal hatte eine Erfolg versprechende Hülfe bisher gar nicht bestanden, niemand konnte die Möglichkeit der Anklage gegen einen pflichtvergessenen Regenten für ein Mittel halten, die Nachtheile einer schlecht von ihm geführten Justizverwaltung wieder gut zu machen und den davon Betroffenen zu ersetzen. Aber auch in Italien und in Rom selbst wurde es Bedürfniß, durch eine feste Ordnung die Hülfe zugänglicher und sicherer zu machen. So stellte daher August das Princip der Möglichkeit einer Appellation von allen Behörden des Reichs an den Princeps auf, er delegirte die Appellationssachen für Rom dem Präfectus Urbi, für die Provinzen Consularen, so daß jede Provinz einen Consularis in Rom als Appellationsrichter hatte, [a]) ohne Zweifel machte er auch über das Appellationsverfahren selbst Festsetzungen. Wie an den Princeps, so

a) Sueton. Octav. 33. vgl. Dio Cass. LII. 21. 33. Es war einer der vorübergehenden Einfälle Caligula's, daß er am Anfang seiner Regierung die republikanische Unabhängigkeit der Magistrate wiederherstellen wollte und die Appellation an den Princeps aufhob, Sueton. Calig. 16.

wurde auch eine Appellation an den Senat eingeführt, vielleicht für die Appellationen von den magistratus populi, Nero stellte sie denen an den Princeps gleich.[b] Ob nun von August schon die Appellation von Sentenzen der Judices eingeführt wurde, ist ungewiß, wahrscheinlich hat man sich anfangs hier noch damit begnügt, daß eine Abhülfe auf dem Weg der In Integrum-Restitutio bei dem Magistrat, der den Richter bestellt hatte, zu erlangen war. Dieß hätte aber dahin führen müssen, die wahren Bedingungen der Restitution zu überschreiten, die Ungerechtigkeit der Sentenz selbst schon als eine iusta causa restitutionis zu behandeln, und so in der That unter dem Schein der Restitution zur Verwirrung der Begriffe eine wirkliche Appellation geltend zu machen. Deshalb kam man bald dahin, neben den Restitutionen, indem man diese auf ihre wahren Bedingungen beschränkte, eine wahre Appellation von dem Judex an den Magistrat, der ihn bestellt hatte, einzuführen, eine Appellation, die zur Zeit Marc Aurel's in entschiedener Gültigkeit bestand.[c]

Neben der Appellation wird in einem Rescript Alexander's das in duplum revocare erwähnt,[d] dieselbe Zusammenstellung findet sich bei Paulus.[e] Die actio iudicati gehört zu den Klagen, die infitiatione duplantur (§. 179 Note d); wenn es der Beklagte zu einer neuen gerichtlichen Verhandlung über diesen Anspruch treibt §. 179 Note c), so wird er in das Doppelte condemnirt. Dieses allein und schlechthin kann aber mit jenem revocare in duplum nicht gemeint sein, denn es würde sich nicht mit dem Rechtsmittel der Appellation haben zusammenstellen lassen, auf der andern Seite aber sind wir durch nichts veranlaßt, einen materiellen Unterschied zwischen jener Anfechtung der Sentenz gegenüber der actio iudicati,

---

b) Tac. annal. XIV. 28: — auxitque patrum honorem statuendo, ut qui a privatis iudicibus ad senatum provocavissent, eiusdem pecuniae periculum facerent, cuius ii qui imperatorem appellavere, nam antea vacuum id solutumque poena fuerat.

c) L. 1 pr. 3 D. quis a quo appelletur (49, 3) L. 1 §. 3 D. de appell. (49, 1.)

d) Cod. Greg. lib. X. tit. quibus res iudicata non noceat, 1: — eum qui per contumaciam absens condemnatur, nec appellationis auxilio uti, aut in duplum revocare posse.

e) Paul. sent. V. 5 a, 7. Er sagt, diese Revocatio finde keine Anwendung auf eine Confessio, l. c. §. 5, und sie falle gegen die Sentenz post longum tempus weg, l. c. §. 8.

und dieser revocatio in duplum anzunehmen, so daß diese aus andern Gründen als jene, etwa wegen Ungerechtigkeit der Sentenz wie die Appellation, hätte geschehen können. Das Eigenthümliche der Revocatio als eines besonderen Rechtsmittels lag eben nur darin, daß in den Fällen, wo er die Ungültigkeit des Urtheils behauptet, der Condemnirte nicht die actio iudicati abzuwarten braucht, um sodann diesen Einwand dagegen vorzubringen, sondern daß er die Frage der Ungültigkeit selbstständig zur gerichtlichen Entscheidung bringen kann, wobei er aber natürlich, wenn gegen ihn entschieden wird, derselben Strafe des Duplums unterliegt, die ihn bei der Anfechtung der Sentenz auf die actio iudicati trifft. Dieß ist das Rechtsmittel der revocatio in duplum, welches also formell mit der Appellation verglichen werden kann, das aber materiell ganz anderer Art ist, da es nicht auf die Ungerechtigkeit, sondern auf die Ungültigkeit der Sentenz sich gründet. Man könnte es eine Nichtigkeitsbeschwerde nennen, nur daß es nicht als ein nothwendiges Mittel, die Nichtigkeit der Sentenz geltend zu machen, vorgeschrieben, sondern bloß eine Concession an den Condemnirten war, der vielleicht Grund hatte zu wünschen, daß die Frage früher, als sein Gegner durch Anstellung der actio iudicati selbst Anlaß dazu gab, verhandelt und entschieden werden möchte. Daß dieses Rechtsmittel im justinianischen Recht nicht mehr vorkommt, erklärt sich daraus, daß die actio iudicati nicht mehr auf das Duplum geht, unter diesen Umständen schien es unpassend, die revocatio in duplum beizubehalten. Dem Fiscus, wenn er verurtheilt worden war, stand die Nichtigkeitsbeschwerde ohne eine solche Strafe zu, sie trug daher hier einen andern Namen, den der retractatio, und diese kommt noch im justinianischen Recht vor, ist aber, wenn nicht ein Dolus dem Gegner zur Last fällt, auf die Zeit von drei Jahren beschränkt.[f]

Wir kehren zur Appellation zurück, über welche im Lauf der dritten Periode folgende Ordnung sich bildete.[g]

Die Appellation ist das Rechtsmittel, durch welches die Aufhebung und Abänderung einer an sich gültigen richterlichen Verfügung durch ein höheres Gericht wegen Ungerechtigkeit derselben verlangt wird. Durch die Möglichkeit dieses Rechtsmittels verliert das

f) Cod. X. 9: de sententiis adversus fiscum latis retractandis.
g) Vgl. Paul. sent. V. 32—37. Dig. XLIX. 1—13.

einzelne Gericht die isolirte Stellung, durch die ein Rechtsstreit seiner Entscheidung gänzlich und allein hingegeben ist, es wird Glied einer Reihe, deren successive Thätigkeit erst das Resultat definitiver Erledigung des Rechtsstreits hervorbringt; diese Eigenschaft, Glied dieser Reihe zu sein, drückt das Wort Instanz aus. Der Instanzenzug ist so geordnet, daß von dem Judex an den ihn bestellenden Magistrat appellirt wird, von den Municipalmagistraten an den Prätor in Rom, oder den Juridicus (Bd. I §. 92), oder den Vorsteher der Provinz, von diesen höheren Magistraten an den Senat oder an die, welchen der Princeps seine höchste Jurisdiction aufgetragen hat. Von diesen kann aber zuletzt noch an die Person des Princeps appellirt werden. [h]) Dieß letztere ist eigentlich gegen den Grundsatz, daß der Delegirte die Stelle des Delegirenden vertritt, also von jenem nicht an diesen, so wenig als von einer Behörde an sie selbst appellirt werden kann, [i]) die Ausnahme aber erklärt sich dadurch, daß jener Auftrag des Princeps den Charakter der Uebertragung eines Amts annahm, wie auch bei den legati Caesaris, und dieß wurde nachher auch auf die Legati der Proconsuln übertragen, so daß von jenen an diese appellirt werden kann. [k]) Das Verfahren in der Appellationsinstanz ist stets eine extraordinaria cognitio, die Behörde, an welche appellirt wird, untersucht und entscheidet durch Decretum, ohne daß ein Judicium angeordnet wird. Durch das Decret wird die Beschwerde entweder verworfen (iniustam esse appellationem) und die Sentenz bestätigt, oder für gegründet erklärt und hiernach die Sentenz abgeändert. Die Appellation selbst schon hat die Wirkung, daß bis zur Entscheidung derselben der gegenwärtige Zustand aufrecht zu erhalten ist, daher z. B. die Sentenz, gegen die appellirt worden, nicht vollstreckt werden darf (Suspensiveffect der Appellation). [l])

War nun durch das Institut der Appellation eine allgemein zugängliche Hülfe gegen ungerechte Verfügungen geöffnet, so lag die Möglichkeit eines Mißbrauchs derselben zur Chikane und nachthei-

h) L. 38 D. de minor. (4, 4) enthält einen Rechtsfall, in welchem in erster Instanz der Prätor, in zweiter der Präfectus Urbi gesprochen hatte, und der nun der kaiserlichen Entscheidung vorlag.

i) L. 1 §. 1 D. quis a quo appelletur (49, 3).

k) L. 2 D. eod. vgl. §. 151 a. E.

l) Dig. XLIX. 7. nihil innovari appellatione interposita.

ligen Verzögerung zu nahe, als daß man nicht bald Beschränkungen für nothwendig hätte erachten sollen. Diese Beschränkungen bestehen zum Theil darin, daß gewisse Rechtssachen und gewisse Verfügungen von der Appellation ausgenommen sind. Vor allem setzt die Appellation ihrer Natur nach voraus, daß die Verfügung um ihrer Ungerechtigkeit willen angefochten werden kann, und dieß auch der Grund der Beschwerde sei. Die Appellation ist nicht denkbar gegen eine Confessio, welche die Stelle eines Urtheils vertritt, der Confessus hat sich selbst verurtheilt, und kann sein eignes Urtheil nicht anfechten,[m]) dasselbe mußte von einem Eid gelten, der die Stelle der Sentenz einnimmt (§. 173).[n]) Der in contumaciam Verurtheilte kann nicht appelliren, weil das Urtheil als Strafe seines Ungehorsams zu betrachten ist.[o]) Ferner ist die Appellation unstatthaft gegen die nothwendigen Folgen eines Urtheils, also gegen die Execution (ihre Ordnungsmäßigkeit voraussetzt), wenn das Urtheil selbst nicht angefochten wird, oder werden kann, [p]) eben so, wenn sie nicht auf die Ungerechtigkeit der Verfügung, sondern auf die der Rechtsvorschrift, die dadurch ausgeführt werden soll, gegründet wird.[q]) Appellationen, bei denen es der Beschaffenheit der Sache nach nur auf eine Verzögerung abgesehen ist, da die fragliche Verfügung selbst nur die Beseitigung eines nachtheiligen Verzugs zum Zweck hat, sind unzulässig.[r]) Bei der Appellation an den Princeps war eine gewisse Summe als Betrag des Streitgegenstandes vorausgesetzt.[s]) Endlich setzt die Appellation die Existenz eines höheren Gerichts voraus, von der Entscheidung des Princeps und des Senats kann nicht appellirt werden; diese Eigenschaft kann der Princeps der von ihm zur

m) Paul. sent. V. 33, 2.

n) Justinian hat dasselbe von einer Sentenz festgesetzt, die auf einen deferirten Eid sich gründet, L. 12 §. 1 C. de rebus cred. (4, 1): nach altem Recht hatte ein solches iusiurandum in iudicio einen andern Charakter, s. §. 174 Note u.

o) Paul. sent. V. 5a, 7. L. 1 C. quorum appellationes non recipiuntur (7, 65) u. a.

p) Paul. sent. V. 35, 2. L. 4 pr. 1 D. de appell. (49, 1.)

q) L. 7 §. 1 D. de appellation. recipiendis vel non (49, 5): item si ex perpetuo edicto aliquid decernatur, id quo minus fiat non permittitur appellare.

r) L. 7 pr. D. eod. Paulus (V. 35, 2) nennt sie moratoriae appellationes.

s) Darauf deutet L. 10 §. 1 D. de appell. (49, 1.)

Entscheidung eines einzelnen Falles bestellten Behörde durch ausdrückliche Anordnung, daß keine Appellation von ihr stattfinden solle, geben; auch durch vorausgehenden Verzicht der Parteien kann derselbe Erfolg herbeigeführt werden. t)

Auch in dem für die Appellation vorgeschriebenen Verfahren, und den dabei einzuhaltenden Fristen, durch deren Versäumung sie verloren geht, liegt eine Beschränkung derselben. Sie kann sofort bei der Fällung des Urtheils mündlich interponirt werden, u) oder schriftlich durch einen libellus appellatorius, in welchem der Appellant und die Sentenz, gegen die appellirt wird, bezeichnet sein muß, v) dieß muß geschehen innerhalb zwei Tagen von dem, der in eigenem Interesse appellirt (auch wenn jemand in dem Proceß nicht selbst Partei war, aber durch die Sentenz irgendwie betroffen wird, kann er appelliren), innerhalb drei Tagen von dem der in fremdem Interesse, z. B. als Procurator, handelt. w) Ist die Appellation angenommen (gegen eine Verweigerung kann bei dem höheren Richter Beschwerde geführt werden), x) so hat der Appellant binnen fünf Tagen den Richter um die literae dimissoriae oder apostoli anzugehen, wodurch dieser dem Appellationsrichter die eingelegte Appellation anzeigt, y) und hat dieselben in gesetzlicher Frist dem Appellationsrichter nebst den Acten einzuliefern, z) mit dieser Einführung der Appellation beginnt ihre Verhandlung vor dem höheren Richter. aa) Wird die Appellation als unbegründet befunden, so muß der Appellant nicht bloß dem Gegner die ihm verursachten Kosten vierfach ersetzen, bb) sondern er muß auch den dritten Theil des Werths vom Streitobject als Strafe zahlen, und wegen dieses Succumbenzgeldes durch Bürgen oder durch Deposition binnen fünf Tagen nach Empfang der Apostel caviren, cc) eine Maßregel, von

t) Dig. XLIX. 2: a quibus appellari non licet.

u) L. 2. 5 §. 4 D. de appell. (49, 1.)

v) L. 1 §. 4, L. 3 D. eod.

w) L. 5 §. 4, L. 20 D. eod. Dig. XLIX. 4: quando appellandum sit et intra quae tempora.

x) L. 5. 6 D. de appell. recipiend. (49, 5.)

y) Dig. XLIX. 6: de libellis dimissoriis qui apostoli dicuntur. Paul. sent. V. 34: de dimissoriis literis.

z) D. 5 C. de appell. (7, 62.)

aa) Paul. sent. V. 35: de reddendis causis appellationum.

bb) Paul. sent. V. 37.

cc) Paul. sent. II. 33: de cautionibus et poenis appellationum.

welcher am ersten eine Unterlassung muthwilliger Appellationen zu hoffen war.

Durch die Möglichkeit der Appellation ist der Begriff der Rechtskraft einer Sentenz als ein von dem der Gültigkeit verschiedener entstanden. Ein Urtheil kann gültig, und doch nicht rechtskräftig sein, d. h. nicht die Wirkungen der res iudicata haben. Rechtskräftig ist ein Urtheil dann, wenn es gültig und keine Appellation mehr gegen dasselbe statthaft ist.

Zweites Kapitel.

Geschichte des Civilprocesses in der vierten Periode.[a])

A. Untergang des Ordo Judiciorum.

CLXXXII. Die alte Ordnung des Verfahrens, wonach auf der eine Seite zwischen dem Recht und den dasselbe anwendenden Richter der Magistrat vermittelnd stand, auf der andern Seite der Richter zwischen dem einzelnen Bürger und der magistratischen Gewalt, war schon in der dritten Periode durch die Vermehrung der extraordinariae cognitiones, und wie wir zuletzt gesehen haben auch durch das Institut der Appellation durchbrochen worden, unter Diocletian wurde sie ganz beseitigt. Von da an konnte man sagen, alle Judicia seien extraordinaria.[b]) Ein Gesetz Diocletian's v. J. 294 enthielt wahrscheinlich umfassende Bestimmungen über diesen Gegenstand. Wir besitzen davon nur einen Auszug im justinianischen Codex,[c]) der die Präsides anweist, sich überall als die untersuchenden und entscheidenden Gerichtsbehörden zu betrachten. Nur wo sie mit gerichtlichen oder Geschäften anderer Art so überhäuft seien, daß ihnen die eigene Untersuchung und Entscheidung aller Processe unmöglich werde, sollte ihnen erlaubt sein, iudices pedanei (§. 154

a) (Gründliche Untersuchungen über die Umbildung des Formularprocesses in den erst im justinianischen Recht ausgebildeten Libellproceß enthält das Werk von Wieding, der justinianische Libellproceß. Wien 1865 (786 Seiten). Namentlich hat das Ladungsverfahren durch Denuntiatio und die Contumaz eine neue Grundlage erhalten. Vgl. S. 260—686. R.)

b) §. 8 I. de interd. (4, 15): — quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia —. pr. I. de success. subl. (12.)

c) L. 2 C. de pedaneis iudicibus (3, 3).

a. E.) zu bestellen, immer aber auch hier so, daß die Rechtssachen, welche schon nach früherem Recht extra ordinem behandelt wurden, und namentlich auch die Freiheits- und Ingenuitätsprocesse, ihrer eigenen Cognition verbleiben müßten. Julian erlaubte 362 überhaupt, die geringfügigeren Sachen solchen zu bestellenden Richtern zu überlassen. [d]) Diese Gesetze sind nicht so zu verstehen, als wenn nach ihnen der Ordo Judiciorum, nur sehr beschränkt, hätte fortdauern sollen. Die Meinung war keineswegs die, daß in jenen Rechtssachen ein zwischen dem Magistrat und dem Judex getheiltes Verfahren stattfinden sollte, vielmehr wurde der ganze Proceß, ohne maßgebende Vorbereitung durch den Magistrat, dem iudex pedaneus delegirt. Auch hier also war das Verfahren ein außerordentliches im Sinn des älteren Rechts, nur daß der Magistrat statt seiner eine andere Person substituirte.

B. Gerichtsverfassung.

CLXXXIII. Die Justiz wird durch Behörden verschiedener Art verwaltet. [a]) Vor allem sind es kaiserliche Beamte, in verschiedener Abstufung und Unterordnung, für diese wird vorzugsweise der Ausdruck iudices gebraucht; sie sind theils iudices civiles, theils iudices militares (Bd. I §. 125). Außer diesen giebt es noch städtische Gerichte, welche nun ausschließlich als magistratus bezeichnet werden (Bd. I §. 123), sie sind den kaiserlichen Behörden subordinirt. Endlich ist auch den geistlichen Behörden eine exceptionelle, aus der Stufenleiter der Gerichte heraustretende Gerichtsbarkeit beigelegt (Bd. I

d) L. 5 C. eod. (Die ursprüngliche Gestalt dieses Gesetzes mit den partes decisae ergiebt eine neuerdings auf Amorgo gefundene Lapidarschrift (Philippi im bullettino dell' instituto di corrispondenza archeol. 1852. No. 3. 4 p. 45): Oboriri solent nonnullae controversiae, quae notionem requirant et examen iudicis celsioris. Tum autem quaedam negotia sunt, in quibus superfluum sit, moderatorem exspectare provinciae. Quod nobis utrumque pendentibus rectum admodum visum est, ut pedaneos iudices, id est eos, qui negotia humilia disceptent, constituendi daremus praesidibus potestatem. Ita enim et sibi partem curarum ipsi de*minuent* et tamen nihilo minus quasi sibi hoc munus administrabunt, quum illi, quos *e*legere, administr*averint*. Cuius rei constu*endae munus* ad tuae eminen*tiae spectat curam*. *Ad ex*cellentiam tuam *igitur* misimus per eund*em* . . . R.)

a) Vgl. zu dem Folgenden Bd. I §. 121 ff., wo eine nähere Darstellung dieser Behörden gegeben ist.

§. 126). Ueber allen diesen Richtern steht der Kaiser als oberster Richter, an welchen Rechtssachen theils durch ein Rechtsmittel gegen Urtheile unterer Instanzen (§. 187), theils auch sonst gebracht werden können durch Supplik der Parteien oder Bericht des Richters (§. 178). Diese letzteren Anfragen, wodurch die Behörden in zweifelhaften Sachen dem Kaiser die Entscheidung überließen, hat Justinian in einer Novelle verboten,[b] auf Parteisupplicationen pflegten die Kaiser durch Rescript einen Richter zu bestellen, dem sie die Untersuchung und Entscheidung übertrugen.

Nicht bloß vermöge eines Amts, mit welchem die Jurisdiction verknüpft ist, kann jemand zu richterlichen Functionen berufen sein, sondern auch durch einen Auftrag von Seiten einer solchen Behörde. Die Befugniß aber, die Jurisdiction zu mandiren, die nach dem Staatsrecht der Republik in Beziehung auf die Civilrechtspflege unbeschränkt den Magistraten zustand, war schon in der dritten Periode beschränkt worden, und wurde jetzt in der alten Art ganz aufgehoben. Man verlangte von dem Beamten, daß er sein Amt selbst versehe, den Umfang seiner Geschäfte glaubte man so bestimmt zu haben, daß das Bedürfniß einer Aushülfe für ganze Zweige der Verwaltung in der Regel nicht existirte, und am wenigsten wäre man geneigt gewesen, die Bestellung eines solchen regelmäßigen, ihn vertretenden Gehülfen seinem Gutdünken zu überlassen. War er wirklich zeitig verhindert, sein Amt zu verwalten, so bestellte der Kaiser oder der Präfectus Prätorio einen interimistischen Verweser, vices agens,[c] bei den städtischen Obrigkeiten wurden diese Stellvertreter wahrscheinlich unter Mitwirkung des Präses Provinciä ernannt, nur bei den Provincialregenten, die noch den alten Titel Proconsul führten, hatte man als eine herkömmliche Einrichtung die Legaten und den Begriff der mandata iurisdictio beibehalten, und sie kommt bei ihnen noch in der justinianischen Gesetzgebung vor, nur hatten sich die alten Grundsätze auch hier schon in der dritten Periode bedeutend modificirt, so daß der Legat als eine eigene dem Proconsul untergeordnete Behörde erschien (§. 151 a. E.). Dagegen wurde es sehr häufig, daß die Behörden für einzelne Rechtssachen Commissarien bestellten,

b) Nov. 125, wahrscheinlich v. J. 544.

c) Cod. I. 50: de officio eius, qui vicem alicuius iudicis vel praesidis obtinet.

deren Function sich auf den einzelnen ihnen zur Untersuchung und Entscheidung übertragenen Rechtsstreit beschränkte; dieß ist unter den Ausdrücken iudicem delegare, causae delegatio zu verstehen. Dahin gehört denn auch die Bestellung eines iudex pedaneus (§. 182), die den unteren Behörden unter Umständen gestattet war. Auf diese Weise suchte man die Zumuthung an die Beamten, ihr Amt in seinem ganzen Umfang auch wirklich selbst zu besorgen, mit der factischen Unmöglichkeit, dafür die nöthige Zeit zu finden, auszugleichen. Mit der alten mandata iurisdictio ließ sich diese Delegation nicht wohl vergleichen, eher, wenigstens für die Vorstellungen der damaligen Zeit, mit der alten iudicis datio, und so konnten die Verfasser der justinianischen Pandekten Stellen, die von den Judices in dem ordo iudiciorum privatorum handelten, aufnehmen, indem sie nunmehr auf jene iudices delegati bezogen wurden.

Bei jedem Gericht ist eine Anzahl Advocaten (iuris periti, scholastici, viri disertissimi) angestellt, die in einer Matrikel verzeichnet sind.[d]) Die Zahl ist gesetzlich bestimmt, so für das Gericht des Präses Provinciä auf dreißig, sie steigt bis zu dem des Präfectus Prätorio auf hundert bis hundert und funfzig. Die immatriculirten Advocaten eines Gerichts (statuti) bilden eine Corporation, in der die Glieder nach und nach aufrücken bis zur ersten Stelle, die der advocatus fisci einnimmt, und aus welcher man sodann in den höheren Staatsdienst übergeht. Außer diesen giebt es aber noch supernumerarii, welche die Anwartschaft auf das Einrücken in das Collegium haben. Die Advocaten werden von dem Richter angestellt, über die Fähigkeit aber zur Advocatur bestehen theils die alten Vorschriften aus dem prätorischen Edict de postulando, theils neue, wohin namentlich die Nachweisung des gesetzlichen Rechtsstudiums und der Erwerbung der nöthigen Kenntnisse durch eidliche Zeugnisse der Lehrer gehört. Die Honorarien sind gesetzlich bestimmt, wenigstens so, daß ein Maximum derselben theils für einzelne Handlungen, theils für die Dienstleistungen in einem Rechtsstreit überhaupt vorgeschrieben ist.[e]) Der Dienst der Advocaten bestand übrigens bloß

d) Cod. II. 7: de advocatis diversorum iudiciorum.

e) Im justinianischen Recht kommt die Summe von 100 Aurei auf die licita quantitas pro singulis causis vor, L. 1 §. 12 D. de extrao. cogn. (50, 13.)

in den mündlichen Anträgen und Ausführungen, die Abfassung der Proceßschriften war nicht ihre Sache, sondern die der Tabelliones (formenses, pragmatici), der für die Abfassung von Urkunden über Rechtsgeschäfte und sonstiger Rechtsschriften concessionirten Personen.[f])

Die frühere Oeffentlichkeit des Verfahrens wurde immer mehr beschränkt. Zuletzt wurden die Gerichtssitzungen ausschließlich in dem secretarium, einem geschlossenem Gemach, zu welchem das Volk keinen Zutritt hatte, gehalten. Nur die mit einer Dignität Bekleideten hatten außer den Parteien und ihren Beiständen das Recht, den Sitzungen beizuwohnen. Doch geschah es noch zuweilen, daß die Wand oder der Vorhang, wodurch das Secretarium gegen die dem Volk zugänglichen Räume abgeschlossen war, entfernt und die Verhandlung dem Volk sichtbar gemacht wurde.

Die Einführung des Christenthums veranlaßte, unter Beibehaltung der schon von Marc Aurel (§. 158 a. E.) befolgten Maxime, die Gerichtstage zu vermehren, eine Reform der feriae. Ein Gesetz von Valentin II vom J. 389 ordnete darüber folgendes an.[g]) Als Regel wurde ausgesprochen, daß alle Tage iuridici sein sollten. Ausnahmen sollten machen die Erndte- und Weinlese-Ferien, die aus dem älteren Recht herübergenommen wurden, eben so der erste Januar, ferner die Gründungstage der beiden Hauptstädte, und die Tage der Geburt und des Regierungsantritts der Kaiser. Dazu kommen nun als kirchliche Feste die Sonntage, und die Osterzeit (die beiden Wochen, welche Ostern einschließen). Später wurden noch hinzugesetzt das Weihnachtsfest, das der Erscheinung, und die Zeit der „commemoratio apostolicae passionis" (Pfingsten).[h])

Vom fünften Jahrhundert an kommen sportulae, Gebühren, vor, welche an die Officia bezahlt werden müssen, für die Geschäfte, die diesen Unterbeamten obliegen: Citationen, Einführung, Protokolle u. s. f. Auch die iudices pedanei erhalten Sporteln, nicht die Behörden selbst.[i])

---

f) Das Nähere s. in Bethmann-Hollweg, Handbuch I §. 16. 17.

g) L. 19 C. Th. de feriis (2, 8), mit Zusätzen im justin. Codex: L. 7 C. eod. 3, 12.)

h) L. 7 C. cit. vgl. L. 24 C. Th. de feriis (2, 8). L. 5 C. Th. de spectac. (15, 5.)

i) Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 20.

C. Verfahren.

a. Einleitung des Verfahrens.

CLXXXIV. Zur Zeit Constantin's und seiner Nachfolger war die regelmäßige Einleitungsform die Denuntiatio, welche schon in der dritten Periode eingeführt worden war (§. 160). Diese Denuntiatio war ursprünglich ein Privatact gewesen, Constantin schrieb vor, daß sie zu Protokoll vor einer mit dem ius actorum conficiendorum versehenen Behörde geschehen müsse.[a]) Diese Einleitungsform war wegen der dem Beklagten verstatteten Frist von mehreren Monaten mit einer bedeutenden Verzögerung der Sache verbunden. Daher wurden gewisse Klagen davon ausgenommen, unter andern alle Interdicte.

Im justinianischen Recht kommt die Denuntiatio nicht mehr vor. Hier geschieht die Einleitung durch einen libellus conventionis, eine Klagschrift, welche der Kläger dem Gericht übergiebt, und die eine kurze Bezeichnung der Klage, ihres Gegenstands, und die Unterschrift des Klägers enthalten soll. Dieser muß zugleich die doppelte Erstattung der dem Beklagten verursachten Kosten, wenn er nicht binnen zwei Monaten litem contestire, die Fortsetzung des Processes bis zum Urtheil, und den Ersatz der Proceßkosten, wenn er unterliegen würde, an den Beklagten zu caviren. Auf diese Klaganmeldung, wie wir sie nennen können, erläßt der Richter eine Verfügung (eine interlocutio, auch das Wort sententia wird dafür gebraucht), wodurch er die Klage entweder verwirft, oder, wenn er sie annimmt, die Ladung des Beklagten befiehlt, ein Befehl, der mündlich an den dafür bestimmten Bediensteten oder schriftlich gegeben, und commonitio, conventio u. s. f. genannt wird. Diese Ladung, zugleich mit dem Klaglibell, wird dem Beklagten von einem Executor des Gerichts insinuirt. Der Executor hat den Beklagten an dem bestimmten Tag zu stellen, dieser muß ihm cautio iudicio sisti stellen, regelmäßig durch Bürgen, ausnahmsweise durch bloßes eidliches Versprechen. Stellt er die Caution nicht, so muß er, wenn er nicht zu den befreiten Personen gehört, dem Executor folgen, um von diesem in Gewahrsam genommen oder im öffentlichen Gefängniß gehalten zu werden. Die Frist, die dem Beklagten zwischen der Citation und

a) L. 2 C. Th. de denunt. (2, 4.)

dem Anfang der Verhandlung gelassen werden muß, hat Justinian auf 20 Tage gesetzt, früher war sie zehn. Die Grundsätze von der in ius vocatio und der editio actionis wurden auf diese neuere Einleitung: Libell und Ladung, angewendet, daher jene Ausdrücke auch noch in der justinianischen Compilation als praktische Begriffe vorkommen, obwohl sie ihre ursprüngliche Bedeutung verloren hatten.[b])

Die Entstehung dieser Einleitungsart und das Verschwinden der Denuntiatio, worüber uns ausdrückliche Nachrichten fehlen, ist so zu denken. Constantin hatte verordnet (Note a), daß die Denuntiatio zu gerichtlichem Protokoll geschehen müsse, nur nicht gerade bei dem competenten Richter. Wenn man nun einen Schritt weiter gieng, und es für das Einfachste hielt, den Kläger lieber gleich an den competenten Richter zu weisen, so wäre es freilich unpassend gewesen, diese Einleitung durch das Erforderniß der Gegenwart des Beklagten zu erschweren. Man mußte also eines von beiden wählen, und ließ das letzte fallen, wodurch die Denuntiatio noch immer mit der ältesten Einleitungsart: der In Jus Vocatio und dem Vadimonium zusammenhieng. Mit der Gegenwart des Beklagten aber beseitigte sich auch die des Klägers. So hatte man, was ein Vortheil schien, erreicht, das Verfahren von dem ersten Schritt an unter die Mitwirkung und Obhut des Gerichts zu stellen. Möglich, daß man dafür noch eine Zeit lang fort und fort den Ausdruck denuntiatio brauchte, der eigentlich nicht mehr paßte, und dadurch würde sich vielleicht erklären, warum keine besondere Aufhebung dieser Einleitungsform erwähnt wird; eine angemessenere Bezeichnung bot sich durch den schon in der dritten Periode entstandenen Gebrauch dar, Gesuche gewisser Art durch einen libellus der Behörde vorzutragen, in der Art war nun durch jene Aenderung diese Antragsform auf Processe übergegangen.[c])

---

b) S. über alles dieses Bethmann-Hollweg, Handbuch I §. 22.

c) (Gegen die Darstellung im Texte bemerkt Bethmann-Hollweg III S. 241 Note 44: „Puchta nimmt einen solchen (Uebergang aus der Denunciation in die justinianische Einleitungsform) an; seine Darstellung erinnert aber an die Etymologieen, wo durch Wegnahme und Hinzuthun Eines Buchstabens nach dem andern Alles aus Allem werden kann." Indessen sieht die Verpflichtung binnen 2 Monaten litem zu contestiren einer Herabsetzung der 4monatlichen Denuntiationsfrist auf die Hälfte wenigstens ähnlich. R.)

Neben jener ordentlichen Erhebung des Rechtsstreits ist übrigens in der vierten Periode auch noch der Rescriptsproceß (§. 178) als eine außerordentliche stehen geblieben.

b. Cognitio.

CLXXXV. Die Verhandlungen unter beiden Parteien gehen vor sich, indem sie oder ihre Vertreter in den dazu angesetzten Terminen vor Gericht erscheinen. Das ganze die endliche Entscheidung vorbereitende Verfahren besteht aus solchen einzelnen Verhandlungen über die verschiedenen Punkte, von denen das richterliche Urtheil abhängt, sie heißen cognitiones, διαγνώσεις.

Die erste dieser Cognitionen ist die litis contestatio. Der Kläger hat an diesem ersten Termin seine Klage näher und ausführlich in mündlicher Rede vorzutragen (narratio), darauf antwortet der Beklagte (responsio, contradictio); damit ist der Proceß förmlich eröffnet. Dieß ist es, was in dem Proceß der vierten Periode Litis Contestatio heißt.[a] Vorausgesetzt wird dabei, daß die Antwort des Beklagten von der Beschaffenheit ist, daß er den Proceß übernimmt; es ist keine Litis Contestatio, wenn er sofort geständig ist, diese confessio in iure, wie sie noch immer genannt wird, hat auch noch die Wirkung des Urtheils, ferner wenn er die Einlassung, z. B. wegen Incompetenz des Richters, verweigert. Unmittelbar nach der Litis Contestatio müssen nach der Vorschrift Justinian's

a) Am bestimmtesten ist dieß ausgesprochen in L. 14 §. 1 C. de iudic. (3, 1): patroni autem causarum — cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam, — iuramentum praestent —. Vgl. auch die nach dem neuen Recht umgestaltete L. un. C. de litis cont. (§. 172 Note q). (Wieding, Libellproceß §. 13 findet die Litiscontestation in der narratio des Klägers. Allein nach L. un. C. cit. gilt die lis als contestirt quum iudex per narrationem negotii (nicht *actoris*) *causam* audire coeperit, die narratio negotii ist also ein beiderseitiger Vortrag der Sache, welcher, wie bei den Rednern (Victor p. 248. 7, Halm, Sitzungsberichte der Münchener Academie 1843 S. 399. 400 finis narrationis vel quasi initium probationis) den Beweisen voraufgieng. Wiedings künstliche Interpretation der L. 14 §. 1 C. de iud. (3, 1) widerlegt die gemeine Meinung nicht. — Wieding behauptet ferner die fortdauernde Trennung von ius und iudicium (S. 120 f.) und in diesem der Allegation und Beweise (S. 254) und zwar im Sinne der Stoffvertheilung (oben §. 150 c): Allein diese ist auch im spätern römischen Processe noch nicht streng durchgeführt vgl. L. 12 pr. C. de R. C. (4, 1) L. 2 pr. C. de iureiur. propter cal. (2, 59). Nov. 60 c. 2 §. 1. R.)

die Parteien und ihre Advocaten schwören, daß sie von der Gerechtigkeit ihrer Sache überzeugt sind. [b]

Bei dieser an die Stelle einer sehr genau bestimmten Form getretenen sehr vagen Art der Klageanstellung wurde es recht klar, daß der größte Theil der Klagarten und Unterschiede, die oben (§. 165 f.) in ihrem Zusammenhang mit der Gestaltung der formulae vorgetragen worden sind, eine über diese Verbindung hinausreichende und von ihr unabhängige Bedeutung hat. Diese Unterschiede haben daher den Formularproceß überdauert, und gelten im Wesentlichen und nach Abstreifung des besondern Gewandes, das sie in jener Verbindung annahmen, auch für das neueste Recht. [c] Am meisten gilt dieß von den Unterschieden, die einen rein materiellen Ursprung und Charakter haben, von dem die processualische Gestalt nur die Folge und Accession ist, so namentlich von dem Gegensatz der in personam und in rem actiones. Auch der Begriff der utilis actio ist an sich kein processualischer; dagegen hätte er als ein unpraktischer darum erscheinen können, weil er nur auf das historische Verhältniß einer gewissen Klage zu einer andern hinweise, [d] aber sofern eben dieses Verhältniß die Natur der Klage bestimmt und über sie Aufschluß giebt, war es von Interesse, diese Bezeichnung beizubehalten, und dieß ist denn auch in den justinianischen Sammlungen geschehen. Eine weit processualischere Natur hat schon der Unterschied von bonae fidei und stricti iudicii actiones, und einige Folgen desselben hiengen eng mit dem Formularproceß zusammen, aber die meisten und wichtigsten ließen sich auch auf den nicht durch eine Formula instruirten Richter anwenden; namentlich soweit der Gegensatz als einer der Obligationen selbst, aus denen die Klagen entspringen, aufzufassen ist, wird für seine Wirkungen die Proceßform gleichgültig sein, und so ist auch dieser Unterschied in das justinianische Recht übergegangen. In Beziehung auf das Gemeinschaftliche der actiones arbitrariae mit den bonae fidei actiones hat sogar auch dieser

b) Cod. II. 59: de iureiurando propter calumniam dando. L. 14 §. 1 C. de iudic. (3, 1.)

c) So sind sie daher auch im justinianischen Recht, namentlich im 6. Titel des 4. Buchs der Institutionen dargestellt, nur daß hier noch mancher solcher Ansatz, manche Spur des alten Zusammenhangs sichtbar geblieben ist.

d) Denn nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur —, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum, L. 47 §. 1 D. de neg. gest. (3, 5.)

Begriff, obwohl seinem Ursprung nach rein processualisch und mit dem Formularsystem verwachsen, sich erhalten. Dagegen sind die Namen actiones praescriptis verbis und in factum actiones bloße Namen ohne Bedeutung geworden, die nur herkömmliche Bezeichnungen für gewisse Klagen, ohne diesen einen besonderen Charakter irgend einer Art zu prädiciren, beibehalten worden sind.

In dem Termin der Litiscontestation können auch die Einreden von dem Beklagten vorgebracht werden, die dilatorischen müssen es. Dieß gilt sowohl von denen, welche sich auf das Verfahren selbst beziehen, als von den das Recht des Klägers betreffenden. Aber es ist ein Unterschied zwischen diesen beiden Classen, die ersten, z. B. die Einrede der Incompetenz, der mangelnden Legitimation des Procurators ꝛc., müssen vor der Einlassung nicht bloß vorgeschützt, sondern auch verhandelt und bewiesen werden, worauf der Richter durch Interlocut darüber entscheidet,[e] während Verhandlung und Beweis der andern dilatorischen Einreden (z. B. der exceptio ne intra certum tempus petatur) ausgesetzt wird bis zu der Zeit, wo auch die peremtorischen verhandelt werden.[f] Die peremtorischen Einreden können schon bei der Litiscontestation, aber eben so gut in jedem späteren Stadium des Processes, solange nur die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden ist, vorgebracht werden, und in jedem Fall kommen sie zur Verhandlung erst dann, wenn der Kläger, was ihm obliegt, bewiesen hat.

Von den Exceptionen in Beziehung auf die oben (§. 170) vorgetragene Theorie derselben ist vor allem ähnliches zu sagen, wie vorhin von den Klagen. Exceptiones, replicationes etc. als Bestandtheile der Formel gab es nicht mehr, denn es gab keine Formulä mehr; soweit ihre Theorie sich wesentlich auf diese Proceßform bezieht, ist sie im justinianischen Recht antiquirt, und der Satz z. B. doli exceptio b. f. iudiciis inest, hat hier keinen processualischen Sinn mehr. Ja noch mehr: durch die Formlosigkeit des neueren Verfahrens in Beziehung auf die peremtorischen Exceptionen haben diese überhaupt aufgehört, einen besonderen processualischen Begriff zu bilden, sie sind in dem allgemeineren von Einwendungen, d. h.

e) Bethmann-Hollweg, I S. 263. 405 f.

f) L. 19 C. de probat. (4, 19): exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet.

Vorbringen von Umständen, wodurch der Beklagte von dem Anspruch des Klägers befreit zu sein behauptet, verschlungen. Der Unterschied zwischen einer Vertheidigung, wodurch der Beklagte das Recht des Klägers als vernichtet und damit die Intentio selbst als unrichtig darstellt, und derjenigen, wodurch er die an sich und ipso iure richtige unwirksam macht, der Unterschied also z. B. zwischen dem Einwand der Zahlung und der exceptio pacti de non petendo hat als ein processualischer aufgehört, von beiden Arten der Vertheidigung gelten an sich processualisch dieselben Grundsätze. Aber über das Schicksal des materiellen Begriffs der Exceptio ist damit noch nichts entschieden,[g]) dieser besteht noch in seiner ganzen Reinheit gegenüber den Umständen, welche den Anspruch des Klägers ipso iure vernichten, die Differenz der rechtlichen Beurtheilung des einen und des andern Falls hat an materieller Wichtigkeit nichts verloren.[h])

In den folgenden Terminen kommt es nun zur Verhandlung und zum Beweis über die theils im ersten vorgebrachten, theils nun successiv zum Vorschein kommenden Thatsachen, welche die Parteien anführen, und von denen die Entscheidung abhängt. Vor allem hat der Kläger den Grund seiner Klage, soweit es ihm verneint ist, zu beweisen; ist dieß geschehen, so trifft die Reihe der Beklagten, es wird über die Exceptionen und sonstigen Thatsachen, auf die er seine Vertheidigung gründet, verhandelt und Beweis geführt. Bei jedem Punkt, der auf diese Weise zur Frage kommt, können die Parteien eine Vertagung zur Beischaffung der Beweismittel (dilatio instrumentorum causa) verlangen, nach Umständen werden ihnen drei, sechs, ja neun Monate verwilligt. Die Zeugen werden von dem Richter vorgeladen, und nach vorgängiger Beeidigung in Gegenwart

g) Einen solchen Schluß von der processualischen Seite der Frage auf die materielle macht J. A. M. Albrecht, die Exceptionen des gemeinen Civilprocesses 1835. S. dagegen Savigny, System V §. 228. (Wieding, Libellproceß S. 120, der die Unterscheidung von Jus und Judicium selbst im justinianischen Rechte fortdauern läßt und nur die formula und iudicis datio als beseitigt gelten läßt, behauptet für alle Einwendungen die fortdauernde nothwendige Vorschützung in iure (S. 210 f.). Allein einer förmlichen in integrum restitutio (S. 215) bedurfte es schon im Formularproceß nicht mehr, (Rudorff ed. perp. §. 44), der Grundsatz stand schon ex ordine, ex edicto, also gesetzlich fest. R.)

h) Dieß wird sich unter andern in der Lehre von der Aufhebung der Obligationen ergeben.

der Parteien verhört, über ihre Aussage ein Protokoll aufgenommen. Die Aechtheit der Urkunden wird durch Recognition des Tabellio, der sie aufgenommen hat, oder der Zeugen, die dabei zugezogen worden sind, oder auch durch Eideszuschiebung, nur im Nothfall durch Schriftenvergleichung bewiesen. Der Beweis kann endlich durch Eideszuschiebung geführt werden, oder der Richter legt einer Partei den Eid auf, um seine Ueberzeugung zu vervollständigen. Die Partei, welche den Eid zugeschoben hat, kann gegen das Urtheil, das und soweit es auf diesen Eid gegründet ist, nicht appelliren, wohl aber kann sie bis zur rechtskräftigen Entscheidung die Eidesdelation zurücknehmen, und einen andern Beweis substituiren, von dem sie aber dann nicht wieder auf den Eid zurückkommen kann.[i]) Die Partei, welcher der Eid von dem Gegner deferirt oder von dem Richter auferlegt ist, kann ihn in jenem Fall zurückschieben, in beiden Fällen recusiren; erkennt der Richter die Recusation als ungegründet, so wird dieser Punkt für jetzt als erledigt betrachtet, und im Endurtheil gegen Recusanten entschieden, dem aber bei der Appellation gegen den dasselbe freisteht, die Verwerfung seiner Recusation anzufechten. Nach Justinian's Vorschrift soll der Beweis durch Eid stets sofort, wie ein anderer, erledigt werden, während vor Justinian erst im Endurtheil die Eidesdelation bestätigt, der Eid durch den Richter auferlegt wurde mit dem Ausspruch, wie es im Fall der Leistung oder Nichtleistung gehalten werden solle, und die Eidesleistung mithin erst dann erfolgte, wenn das Urtheil rechtkräftig geworden war.[k])

Die einzelnen Cognitionen können sich durch stetes Vorbringen neuer Thatsachen und Beweise ins Unendliche vermehren. Der Richter ist sogar verpflichtet, die Parteien wiederholt zu fragen, ob sie nicht noch etwas neues vorzubringen hätten. Nur soll er freilich die gesetzliche Zeit einhalten, auf welche die ganze Dauer des Processes beschränkt ist, nach justinianischem Recht sind es regelmäßig drei Jahre. Und dann hat Justinian noch jeder Partei ein Mittel in die Hand gegeben, die reichliche Gelegenheit zu Verzögerungen, die jene Schrankenlosigkeit der Cognitionen dem Gegner darbietet, abzuschneiden: wenn sie auf weiteren Vortrag verzichtet, so hat der

i) L. 11 C. de reb. cred. (4, 1.)
k) L. 12 C. eod.

Richter dem Gegner drei monatliche Fristen zu setzen, nach deren Ablauf er mit seinem Anbringen ebenfalls ausgeschlossen ist.[l])

Der Contumacia des Beklagten, sowohl bei der Entlassung als bei der Fortsetzung des Processes, wird abgesehen von einzelnen Zwangsmitteln (Geldbußen, Fälligkeit der stipulatio iudicio sisti, Realcitation durch Anwendung von Gewalt), durch das einseitige Verfahren, eremodicium, begegnet, nachdem der Beklagte noch durch Edicta vorgeladen ist (§. 176 vergl. 174 a. E.). Die Folge seines Ungehorsams ist also jetzt nie mehr, daß er pro damnato gilt, sondern er wird als abläugnend betrachtet, und der Kläger zum Beweis gelassen, worauf wie sonst das Urtheil gesprochen wird. Bei Vindicationen steht dem Kläger noch ein anderer Weg offen; er kann einstweilen in den Besitz gesetzt zu werden verlangen, wobei dem Beklagten vorbehalten bleibt, seinerseits als Kläger aufzutreten.[m])

Bei manchen Rechtssachen ist dem Richter befohlen, mit besonderer Sorgfalt darauf zu sehen, daß keine unnöthigen Verzögerungen vorkommen, worin wohl auch eine Abkürzung der Fristen zwischen den einzelnen Terminen liegt. Dieß ist der Fall bei den Interdicten, aber eben so auch bei manchen andern Klagen. Die Interdicte als solche sind nicht mehr durch ein ihnen eigenthümliches Verfahren ausgezeichnet.[n])

Bei geringfügigen Sachen ist im justinianischen Recht das Verfahren vereinfacht, um es weniger kostspielig zu machen. Die schriftlichen Ladungen und förmlichen Protokolle, für welche bedeutende Sporteln zu entrichten waren, sollten hier wegfallen, es sollte sine scriptis, wie man es nannte, nur mit einer kurzen adnotatio der Verhandlungen verfahren werden. Dasselbe wurde für die Jurisdiction der Bischöfe in Streitigkeiten der Geistlichen vorgeschrieben.[o])

c. Sentenz.

CLXXXVI. Die richterlichen Erkenntnisse sind zum Theil solche,

l) L. 9. 14 C. de iudic. (3. 1.) Nov. 115 c. 2. Ueber alles Obige vgl. Bethmann-Hollweg, I §. 23. 24.

m) Bethmann-Hollweg, I §. 27.

n) Bethmann-Hollweg, I §. 37.

o) Bethmann-Hollweg, I §. 36 a. E.

wodurch die endliche Entscheidung des Rechtsstreites vorbereitet werden soll, und enthalten Verfügungen an die Parteien zum Behuf der Proceßleitung oder Entscheidungen von Zwischenpunkten, — sie heißen interlocutiones, articuli, praeiudicia, — zum Theil haben sie die Bestimmung, den Rechtsstreit und zwar im Ganzen zu entscheiden, diese werden vorzugsweise sententiae, oder auch definitivae sententiae genannt.

Wenn der Richter, vor dem der Rechtsstreit verhandelt worden ist, die Sentenz selbst spricht, so werden die Parteien nach abgeschlossener Verhandlung vorgeladen, und das schriftlich verfaßte Urtheil in öffentlicher Gerichtssitzung vorgelesen. Ist die Sentenz condemnatorisch, so muß die Condemnation in ein bestimmtes Object geschehen, sei es eine Summe oder eine andere bestimmte Sache, doch schadet es nicht, wenn das Urtheil die Summe selbst nicht ausspricht, sondern deshalb auf die Acten, worin sie gegeben ist, verweist. [a] Nach altem Recht mußte die sententia iudicis auf eine bestimmte Geldsumme gestellt werden, diese Vorschrift galt aber nicht für das Decret des Magistrats bei der extraordinaria cognitio. Dieser konnte, wo der Betrag eine besondere Untersuchung der Verhältnisse erheischte, den unbestimmten Ausspruch thun, daß der Beklagte schuldig sei, z. B. den Schaden zu ersetzen, Alimente zu präsiiren, und für die Ermittelung und Schätzung des Betrags Arbitri bestellen. [b] Aus diesen beiden Instituten hat sich nun jenen Recht gebildet, von dem ordentlichen Verfahren ist das Erforderniß eines bestimmten Objects, von dem außerordentlichen die Möglichkeit der Condemnation in eine andere Sache als Geld, ja sogar ausnahmsweise in eine unbestimmte Quantität herübergenommen, welches letztere dann für zulässig geachtet worden ist, wenn die Herstellung des Quantums eine weitläufigere Untersuchung voraussetzt, durch welche die Sentenz nicht hinausgeschoben werden soll. Daher wird in der (Note a) angeführten Institutionenstelle jenes Erforderniß durch den Zusatz: quantum possibile ei est gemildert. — Ein absolutorisches Urtheil kann einen doppelten Inhalt haben: es kann

---

a) Cod. VII. 46: de sententia, quae sine certa quantitate profertur. — §. 32 I. de action. (4, 6): curare autem debet iudex, ut omni modo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.

b) L. 5 §. 55 D. de agnosc. lib. (25, 3) u. a.

den Beklagten von der Klage entbinden, den Kläger also für immer mit seinem Anspruch abweisen, absolutio ab actione; der Kläger kann aber auch nur für jetzt abgewiesen werden, so daß ihm die nochmalige Anstellung derselben Klage, wenn der Grund ihrer jetzigen Zurückweisung gehoben ist, unbenommen bleibt, diese Absolution heißt absolutio ab instantia. Sie tritt ein, wenn der Beklagte wegen irgend einer dilatorischen Einrede absolvirt wird, für den Fall einer pluspetitio tempore ist sie mit der besonderen Folge vorgeschrieben, daß der Kläger noch einmal so lange warten muß, als er zu früh geklagt hat, und für diese Zeit keine Zinsen in Anspruch nehmen kann; natürlich wird er auch in die Kosten condemnirt, und wird nicht eher zur Wiederholung der Klage gelassen, als bis er sie dem Beklagten ersetzt hat. [c]) Auch die Contumacia des Klägers, der im Termin nicht erscheint, kann eine absolutio ab instantia (oder wie sie hier auch heißt: ab observatione iudicii) zur Folge haben, wenn der Beklagte nicht vorzieht, auf ein eremodicium anzutragen, dessen Folgen dann eine absolutio ab actione sein kann. [d])

Der Richter hat in der Sentenz auch über die Proceßkosten zu sprechen, unterläßt er es, so haftet er der dadurch benachtheiligten Partei. Als Regel wird festgesetzt, daß der Sieger ihren Ersatz von dem Besiegten zu fordern habe, dieser also in dieselben zu condemniren sei. [e])

Wenn der Richter über die zu gebende Entscheidung ungewiß ist, kann er auch noch nach dem Recht der vierten Periode den Kaiser consultiren (consultatio ante sententiam). Er macht einen Bericht, der einen Auszug der Acten enthält, und theilt ihn den Parteien mit, welche ihre Erinnerungen gegen seinen Inhalt in der Form von Bittschriften an den Kaiser (libelli refutatorii) machen. Alles dieses wird nebst den Acten an den Kaiser eingesandt, der durch ein Rescript das Urtheil giebt. [f]) Da bei der Menge von Rechtssachen,

---

c) §. 10 I. de except. (4, 13.) Auch wegen einer andern Pluspetitio verliert der Kläger nicht mehr seinen wirklichen Anspruch, der Richter rectificirt ihn; aber er muß dem Beklagten das Dreifache der durch den höheren Ansatz verursachten Kosten ersetzen, §. 24. 33 I. de action. (4, 6.)

d) L. 13 §. 2. 5 C. de iudic. (3, 1.) Nov. 53 c. 1.

e) L. 13 §. 6 C. de iudic. §. 1 I. de poen. tem. lit. (4, 17) und die restituirte L. 5 C. de fruct. et litium expensis (7, 51).

f) Vgl. über alles Obige Bethmann-Hollweg, 1 §. 25.

die an den Kaiser gelangten, einzelne oft lange auf die kaiserliche Entscheidung warten mußten (obwohl sie freilich, wenn sie einmal an die Reihe kamen, um so schneller entschieden waren, als keine Appellation oder Supplication gegen das kaiserliche Rescript stattfand), so verbot endlich Justinian 544 die consultationes ante sententiam, und legte den Richtern die Pflicht auf, nach ihrem eigenen besten Wissen zu entscheiden.[g]

d. Rechtsmittel gegen die Sentenz.

CLXXXVII. Die Rechtsmittel gegen Sentenzen, wie sie für das Recht der dritten Periode oben aufgeführt worden sind: außer der Behauptung der Nichtigkeit der In Integrum Restitutio, Appellation, Retractatio, gelten auch in der vierten fort, nur ist theils noch ein neues, die Supplication, hinzugekommen, theils das Verfahren für jene in einzelnen Punkten geändert worden.

Für die Appellation ist der Instanzenzug in Gemäßheit des neuen Verwaltungsorganismus folgendergestalt eingerichtet. Von einem index pedaneus geht die Appellation an die Behörde, die ihn bestellt hat, von den städtischen Magistraten an den Vorstand der Provinz. Von diesem soll nicht mehr unmittelbar an den Kaiser appellirt werden, sondern an die spectabiles und illustres, welche vice sacra richten (Bd. I §. 121 a. E.), und erst von ihnen geht die Appellation an den Kaiser. Theodosius II hat auch dieß hinsichtlich der spectabiles modificirt, er hat eine Commission eingesetzt, die aus dem praefectus praetorio orientis und dem quaestor sacri palatii besteht, und dieser die Appellation von dem Spectabiles zugewiesen.[a]

Die zwei oder drei Tage als Frist für die Interposition der Appellation sind noch in Justinian's Gesetzbüchern das geltende Recht, erst 536 (Nov. 23) hat sie Justinian auf ein decendium für alle Fälle erweitert, um die Ungewißheit zu beseitigen, die öfters hinsichtlich der Berechnung jener Frist, namentlich wann das biduum, wann das triduum anwendbar sei, eingetreten war. Für die Einführung der Appellation, d. h. die Ueberbringung der Apostel und Acten durch den Appellanten an den Appellationsrichter, ist als

g) Nov. 125.
a) L. 32 C. de appell. (7, 62.)

Regel eine Frist von sechs Monaten vorgeschrieben, an deren letztem Tag (dies fatalis) die Verhandlung beginnt. Versäumt ihn der Appellant, so verliert er das Rechtsmittel, doch erhält er ex iusta causa innerhalb einer gewissen Frist eine reparatio appellationis. Statt dieser fügte Theodosius II der Introductionsfrist drei weitere, jede von einem Monat, also zugleich drei dies fatales hinzu, nach deren Versäumniß nur noch beim Kaiser Reparation (binnen abermaligen drei Monaten) gesucht werden kann. Auf eine weit zweckmäßigere Weise hat Justinian (zugleich die Einführungsfrist selbst verkürzend), um der oftmaligen Veranlassung von Reparationen zu begegnen, zehn auf einander folgende dies fatales angeordnet, außer dem früheren noch die vier vorhergehenden und die fünf nachfolgenden Tage.[b] Zuletzt hat er verordnet, daß der Ablauf dieser Fristen überall nicht mehr den Verlust der interponirten Appellation bewirken, sondern nur dem Gegner das Recht geben soll, auf einseitige Verhandlung vor dem Appellationsrichter und Entscheidung desselben anzutragen.[c]

Ein eigenes Verfahren ist für die Appellationen an den Kaiser, die früher eben so wie die andern behandelt wurden, von Constantin eingeführt.[d] Es soll hier dasselbe Verfahren wie bei einer consultatio ante sententiam (§. 186) beobachtet werden. Nach eingelegter Appellation verfertigt der Richter einen Bericht (consultatio, relatio) an den Kaiser, gegen den die Parteien ihre Erinnerungen in libelli refutatorii beibringen, alles dieß wird mit den Acten an den Kaiser eingesandt, der die Entscheidung durch Rescript giebt. Daher wird diese Appellation per consultationem oder more consultationis genannt. Justinian hat vorgeschrieben, daß den Parteien selbst die Ueberbringung jener Stücke überlassen werden soll. Auch hat er den Unterschied dieser von der gewöhnlichen Appellation aufgehoben, daß bei der Consultatio keine nova, d. h. neue Thatsachen und Beweise, vorgebracht werden konnten.[e]

Mehrere neue Beschränkungen der Appellation sind in dieser

b) L. 2. 5 C. de tempor. et reparationibus appell. (7, 63.)

c) Nov. 126 c. 2.

d) Cod. Theod. XI. 30 (de appell. et poen. ear. et consultationibus).

e) L. 4. 5 §. 2 C. de tempor. appell. (7, 63) L. 37 C. de appell. et consultationibus (7, 62).

Periode eingeführt worden. Seit Constantin ist die Appellation gegen Interlocute mit wenigen Ausnahmen verboten, es soll die Beendigung des Verfahrens und definitive Entscheidung abgewartet werden.[f]) Im theodosischen Codex ist vorgeschrieben, daß, wenn der auf Herausgabe einer Sache Belangte in zwei Instanzen verurtheilt worden ist, die nochmalige Appellation desselben keinen Suspensiveffect haben, also die Restitution der Sache nicht hindern soll.[g]) Statt dessen hat Justinian vorgeschrieben, daß niemand zum drittenmal in demselben Rechtsstreit und über dieselben Punkte (worüber er also schon in drei Sentenzen Unrecht behalten hat) appelliren soll, und dasselbe gilt von der Supplication (s. nachher), wenn die dritte Sentenz von dem Präfectus Prätorio gesprochen ist.[h]) Das Erforderniß eines gewissen Betrags des Streitobjects für Appellationen an den Kaiser (§. 181 Note s), welches abgekommen war, hat Justinian in einer Novelle für die Appellation von den iudices ordinarii an die höchsten mit Ueberspringung der Spectabiles wieder eingeführt, und diese summa appellabilis auf zehn Pfund Goldes gesetzt.[i]) Dagegen ist das frühere Succumbenzgeld von einem Dritttheil des Streitgegenstandes abgeschafft, und an dessen Stelle eine mäßige arbiträre Geldstrafe getreten, die der Richter dem unterliegenden Appellanten auferlegen soll.[k]) Ausgeschlossen ist die Appellation im theodosischen Codex bei dem interdictum quorum bonorum,[l]) ein Verbot, das später zurückgenommen worden ist, ferner bei dem interdictum de vi (actio momentariae possessionis), wo man sie aber bald wieder, nur ohne Suspensiveffect, zugelassen hat.[m])

Schon in der dritten Periode kam es vor, daß Parteien sich gegen beschwerende Verfügungen der Magistrate oder Richter durch

f) L. 2 C. Th. de appell. (11, 30) L. 1—3 C. Th. quorum appell. (11, 36.)

g) Cod. Theod. XI. 38: de possessione ab eo, qui bis provocaverit, transferenda.

h) Cod. VII. 70: ne liceat in una eademque causa tertio provocare, vel post duas sententias iudicum, quas definitio praefectorum roboraverit, eas retractare.

i) Nov. 23 c. 3.

k) L. 6 §. 4 C. de appell. (7, 62.)

l) L. 22 C. Th. quorum appell. (11, 36.)

m) Cod. Th. XI. 37: si de momento fuerit appellatum Cod. Iust. VII. 69: si de momentanea possessione fuerit appellatum.

Suppliken an die Machtvollkommenheit des Imperators um Abhülfe wendeten, diese Supplication war auf keine Weise ein Rechtsmittel zu nennen, sie war so wenig wie das Suppliciren zu andern Zwecken durch rechtliche Vorschriften geregelt, und zu einem Rechtsinstitut gemacht. In der vierten Periode aber trat sie in die Reihe der gesetzlich geordneten Rechtsmittel neben die Appellation, als Supplement dieser. Das Suppliciren wurde nun während der Verhandlung und vor dem Urtheil, ferner da verboten, wo das Rechtsmittel der Appellation stattfindet, auch wo die Appellation zustand und versäumt worden ist,[n]) es ist daher zugelassen, wo die Appellation gegen ein Endurtheil aus einem andern Grund ausgeschlossen ist. Hauptsächlich aber findet es seine Anwendung gegen Sentenzen der Präfecti Prätorio, die inappellabel sind. Die Supplicatio soll hier innerhalb zweier Jahre nach dem Abgang des Präfecten, gegen dessen Sentenz sie gebraucht wird, stattfinden, der Kaiser aber untersucht und entscheidet nicht selbst, sondern trägt die Revision der Sache derselben Behörde auf, von der die beschwerende Sentenz ausgegangen ist, von diesem Erfolg des Rechtsmittels führt es daher auch den Namen retractatio. Daraus erklärt sich auch die Berechnung der Frist von dem Wechsel des Beamten an, der beschwerten Partei mußte es in der Regel daran liegen, die Revision dem Nachfolger, nicht der Person, gegen deren Urtheil sie supplicirte, aufgetragen zu sehen. Die Supplication hat keinen Suspensiveffect wie die Appellation; zuletzt hat Justinian ihr diesen gegeben, wenn sie in der Appellationsfrist, also binnen zehn Tagen interponirt wird, nur daß der Gegner die Execution dennoch fordern kann, wenn er für den Fall, daß das Urtheil reformirt werden würde, vollkommene Restitution durch Bürgen cavirt.[o])

e. Execution.

CLXXXVIII. Die Execution tritt ein in Folge einer Condemnation durch rechtskräftiges Urtheil oder einer confessio in iure, die auch noch im neusten Recht die Wirkung der res iudicata hat, nicht mehr dagegen wegen Contumacia des Beklagten, deren Folge

n) Cod. I. 21: ut lite pendente vel post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat imperatori supplicare.

o) Nov. 119 c. 5. Vgl. zu dem Obigen Bethmann-Hollweg, 1 §. 34.

vielmehr die einseitige Fortsetzung des Verfahrens ist (§. 185 g. E.). Nach dem Inhalt der Condemnation geht die Execution auf die Leistung einer Geldsumme oder eines andern Gegenstands, nicht einer reinen Handlung, an deren Stelle vielmehr ihr Werth, also eine entsprechende Geldsumme tritt.

Ist der Beklagte auf die Leistung, Restitution oder Exhibition einer speciell bestimmten Sache verurtheilt, so wird die Sentenz direct dadurch exequirt, daß der Richter die Sache durch seine Diener wegnehmen und dem Kläger zustellen läßt, was sodann dieselbe Wirkung (z. B. des Eigenthumsübergangs: wenn die Leistung darauf geht) hat, wie wenn der Beklagte selbst diese Handlung vorgenommen hätte. Dasselbe tritt ein, wenn die Leistung in der Bestellung eines Rechts, z. B. einer Servitut, oder in der Manumission eines Sclaven besteht, auch diese Verbindlichkeiten können direct durch Verfügung des Richters in Wirkung gesetzt werden.

Eine Sentenz, die in eine Geldsumme condemnirt, wird durch pignoris capio vollstreckt, in der Weise, wie dieses Executionsmittel sich schon in der dritten Periode gebildet hatte (§. 179).

Ist die Verurtheilung in contumaciam erfolgt, so tritt nicht die pignoris capio, sondern die missio in bona ein, diese aber geht hier nicht auf alle Güter, sondern nur auf so viel, als zur Deckung und Befriedigung des Klägers hinreicht. Dieser Weg wird eingeschlagen, um dem Beklagten die Vertheidigung noch länger möglich zu machen. Doch ist ihm die Uebernahme des Processes und Wiederaufhebung der Missio nur gestattet, wenn er in Beziehung auf die Einlassung, nicht, wenn er in Beziehung auf die Fortsetzung des von ihm schon übernommenen Processes contumax war. Zuletzt kommt es auch hier zum Verkauf der Güter, in die der Kläger mittirt ist.

Dagegen erfolgt eine Missio in alle Güter, wenn der Betrag der Schuld dem Vermögen gleichkommt, oder es übersteigt, also im Fall der Insolvenz des Schuldners und der Concurrenz mehrerer Gläubiger, die auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners andringen. Dieser Concurs der Gläubiger wird entweder durch cessio bonorum von Seiten des Schuldners, oder wenn eine solche nicht erfolgt, auf Antrag der Gläubiger durch missio in bona eröffnet. Es wird vorausgesetzt, daß mehrere Gläubiger diesen Antrag stellen, diesen können sich dann die übrigen innerhalb einer gesetz-

lichen Frist: für Anwesende von zwei, für Abwesende von vier Jahren, anschließen. Die Missio, da sie ein Executionsmittel ist, setzt aber voraus, daß die Forderung des Gläubigers durch richterliches Urtheil oder was dem gleichsteht, anerkannt ist, sei es in Folge eines zweiseitigen oder eines Contumacialverfahrens gegen den Schuldner erlassen. Bei den auf die Missio zuerst antragenden Gläubigern versteht sich dieß ohnehin, aber auch die sich nachher zum Anschluß meldenden Gläubiger müssen, ehe sie an der Missio Theil erhalten, ihre Forderungen klagweise ausführen, wobei die schon in Besitz befindlichen Gläubiger als Contradicenten auftreten, also die Ansprüche jener bestreiten können. Nach dem Ablauf jener Frist sind die Gläubiger, welche sich bis dahin nicht gemeldet haben, ausgeschlossen, und können die von den übrigen besessenen Güter zu ihrer Befriedigung nur in so weit in Anspruch nehmen, als davon nach voller Befriedigung derselben etwas übrig ist.[a]) Diese Ausschließung traf aber nicht die, welche mit einer dinglichen Klage (als Eigenthümer einer im Besitz des Schuldners befindlichen Sache, oder vermöge eines sonstigen dinglichen Rechts) auftreten. Diese, und auch die Pfandgläubiger, sofern sie ihre Befriedigung lediglich aus ihrem Pfand suchen wollen, concurriren noch nach dem justinianischen Recht nicht mit den Gläubigern, welche vielmehr, wenn sie es nicht vorziehen, sie durch Zahlung abzufinden, ihnen ihr Pfand herausgeben müssen.

Während jener vier Jahre bleiben die Güter im Besitz der mittirten Gläubiger und in der Verwaltung eines curator bonorum, der sie zugleich als Contradictor gegen die während dieser Zeit sich meldenden vertritt. Nach Ablauf derselben kommt es zum Verkauf, der von dem Curator besorgt wird. Die alte venditio bonorum ist abgeschafft, der Verkauf geschieht nicht mehr im Ganzen an einen bonorum emtor, der die Schulden übernimmt, sondern im Einzelnen, als distractio bonorum, um aus dem Erlös die Gläubiger zu befriedigen. Diese Befriedigung geschieht durch den Richter nach dem Vorzug, welchen gewissen Gläubigern ein Privilegium, das sie für ihre Forderung haben, gewährt; in Beziehung auf einander gleichstehende Gläubiger, wenn das Vermögen nicht zu ihrer vollen Befriedigung hinreicht, pro rata ihrer Forderungen. Umgekehrt

a) Iustinian. L. 10 C. de bonis auctor. iud. possid. (7, 72.)

wird ein Ueberschuß für etwa noch später sich meldende Gläubiger aufbewahrt.

Den concursmäßigen Schuldner trifft auch nach dem neusten Recht noch die Infamie, und, wenn man seiner habhaft wird, und die Gläubiger nicht vollständig befriedigt sind, Gefängniß. Es giebt also noch eine Personalexecution, sie tritt aber erst ein, wenn die in das Vermögen erfolglos geblieben ist, nur der Fiscus konnte gleich von Anfang mit jener Execution in die Person vorschreiten. Infamia und Gefängniß kann der Schuldner durch cessio bonorum abwenden, wobei er aber zum Manifestationseid (daß er von seinen Gütern nichts zurückgehalten, sondern alles getreulich angegeben habe) angehalten werden kann. [b])

b) S. über alles Obige Bethmann-Hollweg, I §. 31.

Viertes Buch.

System und Geschichte des römischen Privatrechts.

Einleitung.

CLXXXIX. Die Geschichte des römischen Privatrechts in seinem Zusammenhang mit dem gesammten Körper des römischen Rechts: wie es in ältester Zeit von dem öffentlichen beherrscht war, und sich nachher von dieser Oberherrschaft befreite; wie es sodann selbst sich anfangs in den engen Schranken einer individuellen Nationalität hielt, bis neben diesem Jus civile ein allgemeines Princip sich erhob, und im Jus Gentium und seinem vornehmsten Organ, den magistratischen Edicten, zu gleicher Macht gelangte; wie ferner in einzelnen Punkten eine politischen Rücksichten folgende Gesetzgebung eingriff; wie endlich die Wissenschaft dieses gesammten Stoffs sich bemächtigte, und allen diesen Einflüssen ihre gebührende Stelle anwies, wie sie die Einheit des Rechts in der Mannigfaltigkeit dieser Elemente herzustellen und zu erhalten bemüht war, und wie zuletzt am Eingang zur neuen Zeit die kaiserlichen Gesetzgeber das individuell nationelle Element in seinen hervorstechenden Eigenthümlichkeiten auszuscheiden, die altrömischen Formen abzustreifen begannen, um das Recht anderen Zeiten, anderen Sitten anzubequemen, — alles dieses hat das zweite Buch dem Leser vorzuführen versucht.

Die Aufgabe dieses vierten Buchs ist, das Privatrecht als einen besondern Organismus darzustellen: systematisch, in den einzelnen Rechten, in die es sich gliedert; historisch, die geschichtliche Entwickelung der einzelnen Institute verfolgend. Die Geschichte wird hier ein der systematischen Darstellung untergeordnetes Element.

Die systematische Darstellung hat den Zusammenhang der Rechte unter einander und mit dem ganzen Privatrecht, dessen Glieder sie sind, aufzuzeigen, und zugleich die innere Ausbildung eines jeden einzelnen vor Augen zu stellen. Dieses letztere Moment beruht

auf zwei Punkten: dem Wesen jedes Rechts, und der Veränderung, die mit ihm vorgehen kann.

Ein Recht setzt wesentlich dreierlei voraus: 1) eine Person, die sein Subject ist; 2) einen Gegenstand, welcher der Macht des Berechtigten unterworfen wird; 3) die Anerkennung durch den allgemeinen Willen, die sich als Schutz des Rechts gegen Verletzungen gestaltet.

Die Veränderungen, die mit einem Recht vorgehen können, betreffen diese drei Punkte: 1) das Subject, darauf bezieht sich die Lehre von der Entstehung und dem Untergang der Rechte; 2) den Gegenstand, der Umfang des Rechts kann dadurch erweitert oder beschränkt werden; 3) den Schutz, die Wirkung des Rechts kann durch eine Modification des Schutzes verändert, gemindert oder gänzlich aufgehoben werden.

Diese Gegenstände sollen in dem folgenden ersten Kapitel für die Rechte im allgemeinen betrachtet werden. Es enthält die allgemeinen Bestimmungen, die gleichsam die Atmosphäre, worin die einzelnen Rechte sich bewegen, ausmachen; ihre Kenntniß ist die Vorbereitung für den Inhalt der übrigen Abschnitte, die sich mit dem Eigenthümlichen der einzelnen Rechte beschäftigen werden.

Erstes Kapitel.

Von den Rechten überhaupt.

A. Subject der Rechte.

a. Arten der Personen

CXC. Ein Recht, da es eine Macht ist, existirt nur dadurch, daß eine Person als Subject desselben anerkannt wird. Die Frage, wer Subject eines Rechtsverhältnisses sei, ist die erste, die uns bei der Betrachtung desselben aufstößt. Sie kann aber in einem doppelten Sinn aufgeworfen werden: 1) wer kann Subject eines Rechts (überhaupt oder eines gewissen) sein, mit andern Worten, wem kommt die Eigenschaft, Person zu sein (Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit) überhaupt und in dem für das in Frage stehende Recht vorausgesetzten Umfang zu? 2) wer ist Subject dieses Rechts, welches ist die Person, der es wirklich zusteht? Auf diese zweite Frage bezieht sich die Lehre von dem Erwerb und Verlust der Rechte (§. 198 ff.), jene erste ist es, die uns hier beschäftigt.

Vor allem ist der Mensch Person, aber auch andere Wesen sind im Recht als Personen behandelt worden: es giebt zwei Arten von Personen, natürliche (physische) und juristische (moralische, fingirte).

Nun ist jedoch die Persönlichkeit des Menschen (der natürlichen Person) keineswegs bloß als Voraussetzung von Rechten aufzufassen. Sie ist nicht um der Rechte willen vorhanden und angenommen, sondern die Rechte sind um des Menschen willen da, hominum causa omne ius constitutum est.[a]) Die Persönlichkeit des Menschen ist selbst ein Recht (Bd. 1 §. 30), das seinem Inhalt nach die

a) L. 2 D. de statu hominum (1, 5.)

Bedingung der übrigen Rechte ist und daher an ihrer Spitze, aber dennoch in der Reihe der einzelnen Rechte steht. Dort ist daher der Ort (Kap. 2), die Bedingungen dieser Persönlichkeit und damit zugleich die Voraussetzungen, unter denen der Mensch als Subject von Rechten gilt, darzustellen. — Dagegen ist ein Punkt, der schon hier zur Sprache kommen muß, der Einfluß, den die natürliche Stellung des Menschen auf die Natur der Rechte, deren Subject er ist, ausübt. Diese Betrachtung wird sich an die Lehre von den Arten der Personen anschließen (§. 193—197).

Anders verhält es sich mit den juristischen Personen, die nur um ein Subject für gewisse Rechte zu haben, angenommen sind. Von diesen gilt umgekehrt, daß sie nur um der Rechte willen da sind, denen eine Existenz, ohne sie unmittelbar auf den Menschen als ihr Subject zu beziehen, verschafft werden soll. Man kann bei ihnen nicht von einem Recht der Persönlichkeit sprechen. Die Lehre von den juristischen Personen ist daher hier abzuhandeln.

CXCI. Das Recht ist ausschließlich für den Menschen bestimmt. Hiernach müssen wir alle Rechte auf ihn beziehen. Aber diese Beziehung kann, wenn wir die juristische Gestalt dieses Satzes ins Auge fassen, eine unmittelbare oder eine mittelbare sein. Eine unmittelbare, wenn der Mensch, die natürliche Person, auch formell als das Subject eines Rechts gilt, eine mittelbare, wenn zwischen die Menschen, denen das Recht zu Gute kommt, und dieses Recht ein Wesen sich einschiebt, welches als das eigentliche juristische Subject desselben betrachtet wird. So ist z. B. das Staatsgut, das Eigenthum einer Gemeinde ꝛc. gewiß auch für die Zwecke der Menschen bestimmt, sie sind nur um der Menschen willen da, aber nicht diese, die den Staat, die Gemeinde bilden, gelten juristisch als Subjecte jener Rechte, sondern der Staat, die Gemeinde selbst, die Idee der Gesammtheit (universitas), die somit als eine Person behandelt wird.

Es ist eine Fiction, auf welcher die Annahme juristischer Personen beruht,[a]) was ist ihre Veranlassung? Nicht in mißgünstiger Gesinnung gegen die natürlichen Personen sind ihnen juristische an

a) S. z. B. L. 1 pr. D. de div. rer. (1, 8): — res publicae — ipsius universitatis esse *creduntur*.

die Seite gesetzt, die ihnen einen Theil der vorhandenen Güter entziehen; auch diese Güter sollen jenen zu Gute kommen; nur diesen Erfolg bei gewissen Zwecken desto sicherer zu erreichen, und den Verhältnissen, um die es sich handelt, eine entsprechende rechtliche Ordnung zu geben, sind jene Personen als unmittelbare Subjecte jener Rechte fingirt worden. Man kann sagen, der Zweck selbst, für den sie bestimmt sind, wird als rechtliches Subject der Güter betrachtet. Dieß wird sich sofort bei den einzelnen Arten der juristischen Personen, die nun aufgestellt werden sollen, herausstellen.[b])

1) Die Thätigkeit des Staats nach Außen und Innen fordert einen beträchtlichen Aufwand, zu dessen Bestreitung Güter angewiesen sind und auf verschiedenen Wegen aufgebracht werden. Wie der Staat selbst, so sind auch diese Güter, die er für seine Zwecke verwenden soll, um der Menschen willen da, welche diese politische Verbindung begreift. Aber diese Güter sind nicht für die Zwecke der Menschen, sofern wir sie als einzelne denken, bestimmt, sondern für ihre öffentlichen, für ihre Zwecke als Glieder des Staats. Dieser Bestimmung nun wäre es völlig unangemessen, wenn die Einzelnen als Eigenthümer jener Güter behandelt würden, wie bei denen, welche zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse als Einzelner wirklich bestimmt sind. Wollte man ein solches Eigenthum aller Bürger an den Staatsgütern annehmen, so müßte man demselben, um die für die öffentlichen Zwecke daraus zu befürchtenden Consequenzen zu beseitigen, eine ganz singuläre, von dem sonstigen Eigenthumsbegriff abweichende Gestalt geben, bei der es am Ende kaum mehr Eigenthum bliebe. Das Einfachere und allein Sichere ist, den Staat selbst, die Gesammtheit, als Eigenthümer zu behandeln, und daher zur juristischen Person zu machen. Dieses Vermögen, welches ohne sichtbares Subject besteht und den Staat zum unsichtbaren Eigenthümer hat, heißt bei den Römern aerarium, später fiscus. Aerarium und fiscus ist der Staat, insofern er Vermögen hat, und somit als juristische Person gilt.

2) Dasselbe, was vom Staat im Ganzen gesagt worden ist, gilt auch von den mit ihm gleichartigen Corporationen, aus denen

---

b) Vgl. zu dem Folgenden v. Savigny, System des heut. R. R. II. §. 86 ff., auch Dirksen, histor. Bemerkk. über den Zustand der jurist. Personen nach R. R., Civilist. Abhandl. II. 1. (Mommsen, de collegiis et sodaliciis rom. 1843. R.)

er besteht. Die älteste Gliederung des römischen Staats in Curien und Gentes war von der Beschaffenheit, daß diese Vereine auch ihr besonderes Vermögen für öffentliche Zwecke hatten, namentlich um daraus die sacra pro curiis, pro gentibus zu bestreiten. Dazu kamen die Genossenschaften der montes und pagi (Bd. I §. 40 S. 116), die als quiritischen Ursprungs, nachher auf die Plebs übergiengen. Als später der enge Zusammenhang dieser Vereine mit dem Staat aufhörte, trat eine andere Classe von öffentlichen Corporationen auf: die von Rom abhängigen, und nach und nach in den Staat als untergeordnete Glieder desselben hereingezogenen Stadtgemeinden, die civitates, respublicae, municipia (oder was dieselbe Bedeutung hat: municipes) und wie sie sonst nach ihren verschiedenen Arten heißen (Bd. I §. 65). Die Dörfer, vici, die in politischer Hinsicht keine selbstständigen Gemeinden bilden, sondern einer städtischen incorporirt sind, gelten in privatrechtlicher als Personen für sich mit einem eigenen, von dem der Stadtgemeinde abgesonderten Vermögen.[c])

3) Es giebt Corporationen, die mit dem Staat nicht so gleichartig sind, wie die Gemeinden, dennoch aber durch ihre Zwecke mit ihm in einem engen Zusammenhang stehen. Solche waren die Collegien der Priester an den einzelnen Tempeln; um die Gottesdienste, die im heidnischen Rom durchaus als Staatssache behandelt wurden, zu sichern und von dem Zufall unabhängig zu machen, waren die Tempel mit besonderen Gütern dotirt, die durch Erwerbungen verschiedener Art vermehrt werden konnten. Als das Subject dieses Vermögens wird das ständige Collegium der Priester des Tempels betrachtet, und eben so ist es zu verstehen, wenn der Tempel selbst oder der Gott, dem er geweiht ist, als Person bezeichnet wird.[d]) Aber auch für den unmittelbaren öffentlichen Dienst bestimmte Vereine wurden als juristische Personen anerkannt, so das Corpus der Decurionen einer Stadt, die Curia, welche eines besonderen, von dem der Stadt getrennten Vermögens fähig war,[e]) ferner die Le-

c) L. 73 §. 1 D. de leg. I (30.)

d) L. 38 §. 6 De leg. III (32) Ulpian. fragm. XXII. 6.

e) L. 3. 7 §. 2 D. quod cuiusc. univ. (3, 4.) Cod. VI. 72: de hereditatibus decurionum etc. X. 33. de praediis decurionum sine decreto non alienandis. X. 34: quando et quibus pars debetur ex bonis decurionum etc. Ueber das Interesse des Staats an der Erwerbsfähigkeit der Curie s.

gionen und andere militärische Abtheilungen,[f]) sodann die Vereine (decuriae) der Personen, die sich den niederen Geschäften des Staatsdienstes, der Schreiberei, dem Rechnungswesen ꝛc. widmeten, und aus denen die Magistrate ihr Dienstpersonal nahmen,[g]) in der vierten Periode wurde der untere Dienst mehr geordnet, und damit auch das Recht dieser Decurien, die sich auf ihn bezogen.

4) Eine entferntere Beziehung auf den Staat haben die Corporationen von Handwerkern, welche sich schon frühzeitig in Rom bildeten, und denen ebenfalls Persönlichkeit beigelegt wurde;[h]) um eines solchen Interesses willen, welches der Staat bei ihnen hat, sind auch einigen Erwerbsgesellschaften Corporationsrechte eingeräumt worden, so den zur Pachtung der öffentlichen Einkünfte (societates publicanorum, socii vectigalium publicorum), ferner den zum Betrieb von Berg- und Salzwerken eingegangenen Gesellschaften (societates aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum).[i]) Es kam ferner schon früh in Rom vor, daß gesellige Vereine, die in gemeinschaftlichen Mahlzeiten und Gottesdiensten hervortraten, gestiftet wurden, ohne Zweifel als Ersatz der Geselligkeit, welche die ältesten Abtheilungen des Volks mit sich geführt hatten; auch diese sodalitates oder sodalitia (collegia sodalitia) wurden, sofern sie gemeines Vermögen besaßen, als juristische Personen behandelt. Da man gegen das Ende der freien Republik in ihnen einen Heerd der Umtriebe und Ruhestörungen erblickte, in welchen gefährlichen Charakter auch manche Zünfte ausgeartet waren, wurden sie mehrmals aufgehoben und wiederhergestellt.[k]) Unter den Imperatoren, wo man um die Erweckung und Erhaltung bürgerlichen Gemeinsinns, um dessen willen früher die Collegien begünstigt worden waren, nicht mehr besorgt war, wurde überhaupt eine besondere Genehmigung des Senats oder des Princips gefordert, damit der Verein nicht als

---

Band I §. 123 S. 528 ff. In der späteren Zeit wurden Stadtvermögen und Vermögen der Curie durcheinander geworfen.

f) L. 6 §. 7 in f. D. de iniusto test. (28, 3) L. 2 C. de hered. decur. (6, 62.)

g) S. z. B. L. 3 §. 4 D. de bon. poss. (37, 1): a — decuriis — bonorum possessio agnosci potest.

h) Niebuhr, röm. Gesch. III S. 349. Vgl. Heineccius de collegiis et corporibus opificum (Opp. II. 9.)

i) L. 1 pr. D. quod cuiusc. univ. (3, 4) L. 59 pr. D. pro soc. (17, 2.)

k) Ascon. in pisonian. §. 8 (Orell. p. 7 sq.) in cornel. (Orell. p. 75.)

ein verbotener, die Theilnahme daran als ein Vergehen gelte.[l]) Den Einfluß hatte aber noch immer der frühere Stand der Sache, daß einem solchen Collegium, wenn es nur nicht illicitum, also wenn es genehmigt war, die juristische Persönlichkeit beigelegt wurde.

5) Sobald das Christenthum im römischen Staat unter Constantin anerkannt war, mußte auch der ihm entsprechenden äußeren religiösen Gemeinschaft die Fähigkeit Vermögen zu haben, also Persönlichkeit beigelegt werden. Analog den Staatsverhältnissen kommt diese Persönlichkeit der Kirche im Ganzen, soweit sie durch eine gemeinsame Verfassung ein juristisches Dasein hat, und den einzelnen Bestandtheilen derselben, den Kirchengemeinden, zu. So wie aber im heidnischen Rom die Religionsgemeinschaft im Ganzen nicht ein von dem Staat unterschiedenes Dasein hatte, sondern nur die einzelnen Tempel mit ihren Priestern, als besondere juristische Personen erschienen, so erhob sich auch die Gesetzgebung der christlichen Kaiser nicht zur vollen Anerkennung der Kirche im Ganzen als juristischer Person neben dem Staat, sondern beschränkte sich, praktisch wenigstens, darauf, die einzelnen bischöflichen und Pfarrkirchen als die Subjecte des Kirchenvermögens zu behandeln. So verordnet Justinian, daß, wenn ein Testator sich eines allgemeineren, auf die Kirche im Ganzen zu beziehenden Ausdrucks bedient hätte, das Hinterlassene der Kirche seines Wohnorts zufallen solle.[m])

---

l) L. 3 §. 1 D. de collegiis et corpor. (47, 22.) (Nur eine Art von Collegien machten hiervon eine Ausnahme: die collegia tenuiorum, qui stipem menstruam conferre volent, d. h. die Sterbecassen- oder Begräbnißvereine unter den ärmern Volksclassen. Hierauf bezieht sich: L. 1 pr. §. 2 D. de colleg. et corpor. [47, 22]: permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre; dum *tantum* semel in mense coëant, ne sub praetextu huius modi illicitum collegium coëat — non licet autem amplius quam unum collegium licitum habere — und der Abschnitt des Senatusconsults in den Statuten der lanuvinischen Begräbnißcorporation [Bd. 1 §. 118 S. 510]: Kaput ex S. C. P. R. *tenuiorib*[*us*] *con*venire collegiumq[ue] habere liceat, qui stipem menstruam conferre vo*lent*, *dumne ult*ra in 1 [unum] collegium coëant, neque sub specie eius collegii nisi semel in men*se coëant aeris con*ferendi causa, unde defuncti sepeliantur. In den Christengemeinden traten freie Liebesgaben an die Stelle der statutenmäßigen Beiträge und Gelage: Tertullian. apolog. 39. modicam unusquisque stipem menstrua die vel cum velit — apponit. nam nemo compellitur, sed sponte confert. haec quasi deposita pietatis sunt. Vgl. Huschke, Zeitschr. XII S. 207—219. R.)

m) L. 26 C. de s. s. eccles. (1, 2.) Griechisch.

6) Wenn jemand Güter für einen besonderen (also von den allgemein kirchlichen verschiedenen) frommen Zweck stiften will, z. B. für die Unterstützung der Armen, für die Krankenpflege, für die Erziehung Bedürftiger u. s. f., so kann er möglicherweise eine bestehende, natürliche oder juristische, Person zur Eigenthümerin machen, mit der Auflage, daß sie diese Güter zu jenen, von ihm vorgeschriebenen Zwecken verwende. So kann der Staat, oder eine Gemeinde, oder die Kirche zum Subject eines solchen Stiftungsvermögens werden. Hat nun aber der Stifter dieß nicht gethan, sondern schlechthin die Güter dem von ihm bezeichneten Zweck bestimmt, so sollen sie auch nicht ins Eigenthum einer andern Person kommen, sondern als ein selbstständiges Vermögen behandelt werden. [n]) Es wird in ihnen eine Persönlichkeit angenommen, die als das Subject des Vermögens gilt. Der Zweck selbst ist gewissermaßen die Person, der die Güter zustehen, daher hat man die juristischen Personen, die durch solche Stiftungen entstehen, nicht unpassend piae causae genannt. [o])

7) Wenn jemand stirbt, der Vermögen hat, so soll dieses nicht untergehen, Rechte und Verbindlichkeiten, welche die Bestandtheile seines Vermögens waren, sollen erhalten werden. Die Fortdauer des Vermögens über die Existenz der natürlichen Person, die sein Subject war, hinaus ist nicht denkbar ohne Annahme eines andern Subjects, dem das Vermögen zugeschrieben wird, da ein Vermögen nicht ohne Subject möglich ist. Dieses Subject ist die Persönlichkeit des Verstorbenen, die noch immer in seiner Verlassenschaft als fortwirkend und sie zu einem Ganzen zusammenhaltend gedacht wird, und die der Erbe, der in die Güter eintritt, repräsentirt. So wird die Erbschaft als Subject einer juristischen Persönlichkeit behandelt, allerdings nur zu jenem Zweck, die Erhaltung des Vermögens, seinen Uebergang auf Ueberlebende, und die rechtliche Stellung dieser Successoren zu demselben möglich zu machen: hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas; [p]) heredi–

n) L. 23 C. eod. L. 49 de episc. et cler. (1, 3.)

o) Sie heißen auch pia corpora, und im Deutschen milde Stiftungen.

p) L. 22 D. de fideiuss. (46, 1.) (Durch diese Vergleichung mit der Corporation wird nicht geläugnet, daß die hereditas nur Person ist, sofern sie etwas hat, und daß diese Persönlichkeit zuletzt wieder einen Gegenstand der Erwerbung für den Erben wird, — Beschränkungen, welche den Corporationen fremd sind. R.)

tas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est.[q]) Dasselbe ist auch in andern Fällen anzunehmen, wo ein Vermögen als Ganzes in einer der Erbfolge analogen Art auf einen andern übergeht.

CXCII. Die juristischen Personen classificiren sich nach dem Subject, mit welchem die Persönlichkeit verknüpft ist, folgendergestalt:

1) Juristische Personen, deren Unterlage ein Personenverein ist: Corporationen, universitates personarum. Solche sind Staat, Gemeinden, sonstige Corporationen, die unter dem allgemeinen Ausdruck corpora oder collegia zusammengefaßt werden, endlich die Kirche. Die Glieder derselben haben bei den verschiedenen Universitates verschiedene Namen. Bei dem Staat und den Gemeinden heißen sie cives (unterschieden von den bloßen incolae, Einwohnern, Personen, die ihr Domicilium in dem Gebiet des Staats oder der Gemeinde haben, — es kann jemand civis sein, ohne incola, und incola, ohne civis zu sein); die Glieder der Collegia oder Corpora heißen collegiati oder corporati, in ihrem Verhältniß zu einander collegae oder sodales,[a]) bei den Curien überdieß curiales, bei den Decurien decuriati, bei den Societates socii.

2) Juristische Personen, deren Unterlage ein Güterinbegriff, eine universitas bonorum ist. Solche sind die milden Stiftungen, die Erbschaft.

Es ist oben bemerkt worden, daß auch die Güter juristischer Personen menschlichen Interessen bestimmt sind, aber nicht die natürlichen Personen, deren Nutzen dadurch befördert wird, sind es, welche als die Subjecte der Rechtsverhältnisse betrachtet werden

---

q) L. 34 D. de adquir. dom. (41, 1.) Vgl. L. 31 §. 1 D. de hered. inst. (28, 5): — creditum est hereditatem dominam esse, et defuncti locum obtinere. (Die Ausbildung dieser Fiction, welche Labeo und Javolenus noch nicht kennen [L. 13 §. 5 D. quod vi (43, 24) L. 9 D. de naut. foen. (22, 2) L. 64 D. de hered. inst. (28, 5)] und die erst Julian [L. 33 §. 2 D. de A. R. D. 41, 1] an die Stelle der ältern, das Rechtsverhältniß nicht erschöpfenden Regel von der rückwirkenden Kraft der Antretung setzte [vgl. L. 28 §. 4 D. de stip. serv. (45, 3) L. 138 pr. 139 D. de R. I. (50, 17) L. 54 D. de adq. hered. (29, 2) ist mit vielem Scharfsinn nachgewiesen von Ihering, Abhandlungen [1844] S. 162 f. 212 f., vgl. Scheurl, Beiträge I S. 11. 49 f. 61 f. 86 f. R.)

a) Savigny, System II. S. 261.

dürfen. Dieß ist besonders bei den juristischen Personen der ersten Classe festzuhalten, bei denen eine Verwechselung der Glieder mit dem Ganzen am nächsten liegt. Wo von den Rechtsverhältnissen der Corporationen die Rede ist, muß von den Gliedern ganz abgesehen werden.[b]) So ist die Corporation stets dieselbe, wenn auch alle einzelnen Glieder sich verändert haben.[c]) Die Rechte einer juristischen Person stehen nicht den natürlichen Personen zu, aus denen sie besteht, und dasselbe gilt von ihren Verbindlichkeiten: kein Bürger einer Stadt kann sich einen Theil des Gemeindevermögens zuschreiben,[d]) und der Gläubiger einer Corporation kann nicht ihre Glieder als seine Schuldner behandeln.[e]) Das Verhältniß der Glieder ist nur das einer Vertretung des Ganzen, in der durch die Verfassung festgesetzten Weise (§. 202). Ganz anders bei einer bloßen Gesellschaft, die keine Corporationsrechte hat (privata societas); hier sind die einzelnen Socii, und nur diese, die Subjecte des Gesellschaftsvermögens, jeder ist pro rata Eigenthümer, Gläubiger oder Schuldner, ein anderes von den Einzelnen verschiedenes Subject der Rechtsverhältnisse existirt nicht. Wird eine solche Gesellschaft aufgelöst, so verändert sich das Subject der Güter nicht, die Einzelnen, die es bisher waren, bleiben es auch, nachdem sie aufgehört haben, eine Gesellschaft zu bilden. Die Glieder einer Corporation dagegen waren nicht die Subjecte der Rechte während des Bestehens derselben, sie sind es natürlich auch nicht, nachdem die Corporation aufgehoben ist. Die Aufhebung nimmt die Person weg, welcher allein, nicht den Gliedern, die Corporationsgüter zustanden.

Zur Entstehung einer juristischen Person gehört zweierlei: 1) die Existenz der Unterlage, mit welcher die Persönlichkeit verbunden ist, **eines Personenvereins oder eines Güterinbegriffs; 2) eine Rechtsvorschrift, welche diesem Subject die Persönlichkeit beilegt.** Diese Vorschrift kann ein Rechtssatz sein, der im allgemei-

b) L. 2 D. quod cuiusc. univ. (4, 4): Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sit haberi: hic enim pro republica vel universitate intervenit, non pro singulis.

c) L. 7 §. 2 D. eod. L. 76 D. de iudic. (5, 1.)

d) L. 6 §. 1 D. de div. rer. (1, 8.)

e) L. 7 §. 1 D. quod cuiusc. univ. (3, 4): Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

nen festsetzt, daß unter gewissen Voraussetzungen eine juristische Person angenommen werden soll, so daß es also nur darauf ankommt, zu untersuchen, ob diese Voraussetzungen in einem besondern Fall eingetreten sind, ob z. B. ein Personenverein oder eine Stiftung von der Beschaffenheit ist, wie sie das Recht voraussetzt, wenn es einem solchen Subject die Persönlichkeit beilegt. Außerdem liegt es aber auch in der Macht der Staatsgewalt, eine juristische Person durch eine constitutio personalis hervorzubringen, ohne daß dieß als eine Richtschnur für andere Fälle gleicher Art gelten soll.

Aufgehoben wird eine juristische Person theils dadurch, daß das Subject derselben wegfällt, wie wenn eine Corporation ausstirbt, so daß kein Glied mehr existirt, während, wenn auch nur noch ein einziges Glied vorhanden ist, in diesem sich noch die Universitas darstellt,[f]) theils dadurch, daß die Staatsgewalt dem Subject die Persönlichkeit entzieht. Diese Aufhebung durch den Staat ist nichts willkührliches, auch nicht bei den Personen, die es durch eine constitutio personalis geworden sind, aus welchen Gründen sie aber rechtmäßiger Weise geschehen kann, ist eine staatsrechtliche Frage.

b. Arten der Rechte nach der Stellung der Personen.

aa. Begriff des Vermögens.

CXCIII. Vermögen (bona) ist der Inbegriff aller der Rechte einer Person, als deren Subject wie sie als Einzelne, also außerhalb der natürlichen Verbindungen der Familie und des Volks denken können. Es sind die Rechtsverhältnisse, welche unmittelbar den Bedürfnissen des einzelnen Menschen als solchen entsprechen, und nur mittelbar auch für die Zwecke der Familie, des Staats, der Kirche bestimmt sind. Als Einzelnem ist dem Menschen die Herrschaft über die Sachen gegeben, über die körperlichen Dinge außer ihm, die keine andere Bestimmung haben, als ihm zu dienen. Daher sind Vermögensrechte vor allem die Rechte an Sachen: Eigenthum und iura in re aliena, sodann aber auch die Obligationen, deren Gegenstand zwar nicht unmittelbar Sachen sind, doch mittelbar, insofern die Handlung, welche den Gegenstand der Obligatio bildet, in einer

---

f) L. 7 §. 2 D. quod cuiusc. univ. (3, 4.)

Sache ihr Aequivalent finden muß. Daher läßt sich Vermögen bezeichnen als Inbegriff der Rechte einer Person, die einen Sachwerth haben, oder bestimmter, da Geld die Sache ist, die den Werth der übrigen mißt und darstellt, deren Werth sich in Geld anschlagen läßt.

Zuweilen wird unter Vermögen nur das active verstanden: Rechte an Sachen, und Forderungen, so daß nicht bloß die Obligationen, in welchen die Person als Schuldner steht, nicht darin begriffen sind, sondern sogar ihr Betrag von jenem abgerechnet, also Vermögen nur das genannt wird, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt.[a]) Man kann dieß die natürliche Bedeutung von bona nennen;[b]) proprie bona dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent.[c]) Im juristischen Sinn aber werden unter den bona auch die Schulden begriffen, so daß ein Vermögen existirt, auch wenn die Activa durch die Passiva erreicht oder überschritten werden.[d])

Eine noch engere Bedeutung von Vermögen war für das alte Staatsrecht von großer Wichtigkeit: das Vermögen, welches censui censendo war, d. h. beim Census berücksichtigt wurde: dahin gehörten nur die Güter, die dem Bürger ex iure quiritium zustanden, das, wovon er sagen konnte: meum est ex iure quiritium; ausgeschlossen waren die nicht quiritischen Rechte an Sachen, sodann alle Obligationen, sowohl Forderungen als Schulden.[e])

bb. Begriff der Familie.

CXCIV. Das Wort familia ist vieldeutig.[a]) Im weitesten Sinn bedeutet es die Gesammtheit alles dessen, was der rechtlichen Macht eines römischen Bürgers unterworfen ist, Personen und Güter, insonderheit nach quiritischem Recht. Das Wort begreift

---

a) L. 39 §. 1 D. de V. S. (50, 16): bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt. L. 72 pr. D. de iure dot. (23, 3) L. ult. D. de usu et usufr. leg. (33, 2) L. 2 §. 1 D. de coll. bonor. (37, 6) L. 11 D. de iure fisci (49, 14.)

b) L. 49 D. de V. S. (50, 16.)

c) L. 83 D. eod.

d) L. 3 pr. D. de bon. poss. (37, 1. (Vgl. L. 208 D. de V. S. (50, 16.)

e) Vgl. Huschke, Verf. des Servius S. 558 ff.

a) L. 195. 196 D. de V. S. (50, 16.) Im Deutschen steht ihm nahezu „Haus" und „Hauswesen" gleich.

alles, was bei dem Census angegeben werden mußte. Soll das eigentliche Vermögen hervorgehoben werden, so erhält es den Zusatz familia pecuniaque, wie in der testamentarischen Mancipationsformel b) aber auch ohne diesen Zusatz wurde es in den Zwölf Tafeln in dieser besonderen Richtung auf das Vermögen gebraucht. Dieser Sprachgebrauch ist später abgekommen, nur daß in Kunstausdrücken, die sich bis auf die neuere Zeit erhalten haben, wie familiae emtor, familiae erciscundae actio, Spuren desselben übrig geblieben sind.

In einem engern Sinn bezieht sich das Wort nur auf die Personen, die in der Gewalt eines Römers sich befinden: in potestate, manu, mancipio.c) Auch in diesem Sinn gehören noch die Sclaven zur Familie, ja es hat sich der besondere Sprachgebrauch gebildet, daß sie vorzugsweise unter diesem Wort begriffen werden.d)

Hier haben wir es zunächst mit der familia im engsten Sinn zu thun, in welchem sie die Gesammtheit der Personen ist, die in der patria potestas oder manus eines Römers stehen, diesen princeps familiae mit inbegriffen. Sie begreift also den Vater und die in seiner Manus befindliche Frau, die in seiner väterlichen Gewalt stehenden Söhne und Töchter, die Kinder der Söhne, und die in ihrer Manus stehenden Frauen.e) Diese Familienverbindung dauert aber nicht bloß solange diese Personen durch jene Gewalten als gegenwärtig bestehende verbunden sind, auch wenn sie durch den Tod des Familienhaupts selbstständig und selbst Familienhäupter geworden sind, bilden sie noch immer eine familia, als deren Haupt der Verstorbene zu betrachten ist. So spaltet sich eine Familie in mehrere, es giebt so viele Familien, als selbstständige Personen existiren, denn jede selbstständige Person ist wieder ein princeps familiae, der, wenn er niemanden in seiner patria potestas oder manus hat, wenigstens für sich eine familia darstellt.f) Aber diese Specialfami-

b) Gai. II. 104.

c) So bei Cic. de leg. III. 3: censores populi aevitates, suboles, familias pecuniasque censento. L. 25 §. 2 D. de aedil. ed. (21, 1.)

d) L. 195 §. 3 D. de V. S. (50, 16.) Cic. de off. I. 17. In ähnlicher Weise wird mit dem Wort Haus, wie mit dem französischen maison, die Dienerschaft bezeichnet.

e) Vgl. Bd. 1 S. 113 f.

f) Dieß ist stets der Fall bei Frauenspersonen, die niemanden in der pa-

lien sind zu einer allgemeinen verbunden, soweit sie durch ein verstorbenes Haupt zusammenhängen, unter dessen Gewalt, wenn er noch lebte, ihre Glieder beschlossen wären.

Die Glieder einer solchen allgemeinen Familie, die von dem gegenwärtigen Dasein eines gemeinsamen Haupts unabhängig ist, heißen Agnaten. Agnation ist die Verbindung mehrerer Personen, die auf patria potestas und manus beruht, in welcher Gewalt alle diese Personen gemeinschaftlich stehen würden, wenn das Haupt der Familie noch lebte.[g] Die Agnaten sind durch eine Kette von Gewalten verbunden, die von jedem auf jeden ununterbrochen hinüberreicht. Diese die Agnation vermittelnden Gewalten brauchen jetzt nicht mehr zu bestehen, aber sie müssen nicht durch eine capitis deminutio aufgehoben worden sein, welche die Agnition dessen, der sie erleidet, zerstört. Nur durch eine solche Gewalt, in der er steht oder stand, gehört er einem Agnatenkreis an, daher kann jemand nur durch einen Mann, nicht durch eine Frau (die keiner solchen Gewalt fähig ist) Agnaten haben, nur eine Verwandtschaft per mares kann Agnation sein.[h]) Eine Frauensperson kann selbst in väterlicher Gewalt oder Manus stehen, und daher Agnatin sein, aber sie setzt die Familie nicht fort, die Kinder als solche sind nicht Agnaten der Agnaten ihrer Mutter.[i])

Die einzelnen Agnaten selbst stehen sich entfernter oder näher, jenachdem die Kette von Gewalten, die sie verbindet, mehr oder weniger Glieder hat. Die nächsten Agnaten einer Person sind die, welche in ihrer Gewalt selbst stehen, es ist eine einzige Gewalt, welche die Verbindung zwischen ihnen herstellt. Unter diesen ist aber doch wieder ein Unterschied. Es hat jemand in seiner Gewalt einmal seine Söhne und Töchter, und die Frau, die in seiner Manus sich befindet, sodann die Kinder seiner Söhne, und die Frauen, die in der Manus seiner Söhne stehen u. s. f. Seine Gewalt über diese letzteren, die Enkel und Schwiegertöchter, ist vermittelt durch

---

tria potestas oder manus haben können, also, wenn sie selbstständig sind, allein ihre Familie bilden, aus der nicht wieder eine andere hervorgehen kann: mulier familiae suae et caput et finis est, L. 195 §. 5 D. de V. S. (50, 16.)

g) Im justinianischen Recht ist die Manus weggefallen, also die väterliche Gewalt allein als Grund der Agnation übrig geblieben.

h) — agnationis iura a patre oriuntur, L. 4 D. unde cogn. (38, 8.)

i) L. 10 §. 2 D. de gradib. et adfin. (38, 10.)

seine Gewalt über die Söhne. Die allernächsten Agnaten einer Person sind nun die, welche ohne eine solche Mittelsperson ihrer Gewalt unterworfen sind, und diese heißen sui des Gewalthabers,[k]) es sind die, welche durch seinen Tod gewaltfrei, sui iuris, werden. Dahin gehören seine Söhne und Töchter, und die Frau, die in seiner Manus ist, die Kinder und Frauen seiner Söhne aber nur, wenn diese z. B. durch ihren Tod aufgehört haben, in seiner Gewalt zu stehen, jene aber darin zurückgeblieben sind. Außerdem werden sie durch seinen Tod nicht gewaltfrei, sondern fallen in die patria potestas oder bleiben in der Manus der Söhne. Auf diese nächsten Agnaten folgen die Geschwister, deren Verbindung durch zwei Gewalten hergestellt wird, und ebenso verhält es sich mit der Mutter und dem Kind, wenn jene in der manus, dieses in der patria potestas desselben Mannes steht oder stand, ihre agnatische Verbindung beruht auf diesen zwei Gestalten, wie die der Geschwister.[l]) Die agnatischen Geschwister heißen consanguinei fratres et sorores, die denselben Vater haben, sei es bloß denselben Vater oder auch dieselbe Mutter; die letztere ist in Beziehung auf die Agnation gleichgültig, sie bewirkt nach den obigen Grundsätzen nicht die Agnation (Geschwister bloß von der Mutter her, uterini, sind keine Agnaten), und verstärkt sie nicht, wenn sie vom Vater her vorhanden ist. So können es ferner drei (wie bei Vaters Bruder oder Schwester und Bruders Sohn oder Tochter), vier und mehr Gewalten sein, welche die Agnation vermitteln; es besteht für die Agnation keine Gränze, als die zufällige, welche durch die Unmöglichkeit, bei einer sehr großen Entfernung die ununterbrochene Verbindung nachzuweisen, entstehen kann. Wo aber die Agnation nicht mehr nachzuweisen ist, da können die Personen noch als Glieder eines größeren Kreises, in welchem die Agnatenkreise enthalten sind, der Gens nämlich, verbunden sein. Zur Herstellung der Gentilität gehört nur der gemeinsame Name, die Abstammung von lauter Freigeborenen, und die Abwesenheit einer Capitis Deminutio.[m])

---

k) L. 10 §. 3 D. eod. *l*) Gai. III. 14 (cf. Collat. XVI. 2, 14): — sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca, quae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura filiae consecuta est.

m) Cic. top. 6 nach Scävola: Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt — quorum maiorum nemo servitutem servivit — qui capite non sunt deminuti. (Vgl. auch Mommsen, zur Grabrede auf die Turia, s. o. §. 118 I. R.)

CXCV. Neben den civilrechtlichen Bedeutungen von familia steht eine natürliche: Gesammtheit aller der Personen, die durch gemeinsame Abstammung verbunden sind.[a]) Wenn jene auf rein juristischen Verhältnissen (Eigenthum und Gewalt), so beruht diese auf einem natürlichen Umstand, der Abstammung, der Gemeinschaft des Bluts. Die Personen, die in diesem Verhältniß zu einander stehen, heißen natürliche Verwandte, cognati. Bei der natürlichen, wie bei der Agnatenfamilie, lassen sich die allgemeine Familie, der Inbegriff aller Cognaten, und die Specialfamilien, in die sie sich spaltet: die einzelnen Hauswesen, unterscheiden. Wir haben es hier lediglich mit jener zu thun.

Die Cognation, Blutsverwandtschaft, hat eine natürliche Grundlage, die Zeugung oder Abstammung. Zur Verwandtschaft zweier Personen ist nichts erforderlich, als daß sie entweder von einander oder wenigstens von einer dritten gemeinschaftlich abstammen. Damit sind zugleich die beiden Arten der Verwandtschaft ausgedrückt. Personen, deren eine von der andern (unmittelbar oder durch Mittelglieder) abstammt, stehen in dem Verhältniß von Ascendenten und Descendenten, die Reihe der in diesem Verhältniß Verwandten wird auf- und absteigende Linie, gerade Linie (linea recta) genannt. Personen, die nur von einem Dritten gemeinschaftlich abstammen, heißen Seitenverwandte, Collateralen, die Gesammtheit derselben bildet die Seitenlinie (man nennt sie auch linea transversa s. obliqua). Diese Seitenverwandtschaft ist eine vollbürtige, wenn der gemeinsame Stamm ein Paar, eine halbbürtige, wenn nur eine einzelne Person der gemeinschaftliche Erzeuger ist. Dieser Unterschied ist vornehmlich bei den nächsten Seitenverwandten, den Geschwistern, von Wirkung; vollbürtige Geschwister sind, die Vater und Mutter gemein, halbbürtige, die nur denselben Vater, oder nur dieselbe Mutter haben.[b])

---

a) L. 195 §. 4 D. de V. S. (50, 16): item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur.

b) Uterini fratres et sorores heißen schon bei den Römern die halbbürtigen von der Mutter her, consanguinei bei den Neuern die halbbürtigen vom Vater, — die Römer nennen consanguinei überhaupt von dem Vater erzeugte (oder adoptirte), ohne Rücksicht auf die Mutter, also auch die vollbürtigen. Für die vollbürtigen endlich ist der Name germani üblich, dieser Ausdruck wird von

Personen können mehrfach verwandt sein; dieß ist der Fall, wenn der Grund der Verwandtschaft mehrmals bei ihnen eintritt, mit andern Worten: wenn mehrere Linien von der einen zur andern hinführen. Eine solche mehrfache Cognation tritt ein, 1) wenn zwei Verwandte ein Kind zeugen, dieses ist mit jedem seiner Parentes auch durch den andern verwandt, es ist auch Seitenverwandter seines Vaters u. s. f. Sind z. B. die Eltern Geschwisterkinder, so hat das Kind dieselbe Person zum Urgroßvater oder zur Urgroßmutter von väterlicher und von mütterlicher Seite; es ist durch zwei Linien (Vater, väterlicher Großvater oder Großmutter, — Mutter, mütterlicher Großvater oder Großmutter) mit ihr verbunden; 2) wenn zwei Personen, die zwar nicht selbst verwandt sind, aber einen gemeinschaftlichen Verwandten haben, ein Kind zeugen, z. B. es heirathet jemand die Schwester seiner verstorbenen Frau, die Kinder, die er aus beiden Ehen hat, haben denselben Vater und denselben mütterlichen Großvater oder Großmutter, sie sind gegenseitig zugleich Geschwister und Geschwisterkinder. Dahin gehört auch der Fall, wenn zwei Personen, jede mit einem Verwandten der andern ein Kind zeugen, z. B. zwei Frauen heirathen jede den Sohn der andern, die Söhne aus diesen beiden Ehen sind jeder der Oheim und Neffe des andern.[c]) Alle Fälle der mehrfachen Cognation (also abgesehen von dem Hinzutritt einer Adoptivverwandtschaft zu einer bestehenden Blutsverwandtschaft) fallen unter jene beiden Gattungen.[d])

Es ist gesagt worden, daß die Blutsverwandtschaft auf dem natürlichen Umstand der Abstammung und nur auf diesem beruht. Aber als Rechtsverhältniß setzt sie die juristische Gewißheit dieses Umstands voraus, nur was bewiesen werden kann, hat ein rechtliches Dasein. Jene Gewißheit nun ist an sich nur in Beziehung

---

den Römern nicht als ein technischer, und am allerwenigsten zur ausschließlichen Bezeichnung der vollbürtigen Geschwister gebraucht.

c) L. 10 §. 14 D. de gradibus (38, 10.) Um zu finden, daß dieser Fall wirklich unter die obige Rubrik gehört, darf man nur nicht das Undenkbare denken, daß beide Kinder genau in demselben Moment geboren werden. Die Frau, die (wenn auch nur um eine Tertie) später gebiert als die andere, hat im Augenblick der Geburt einen gemeinschaftlichen Verwandten mit ihrem Mann, nämlich das Kind der andern, das der Bruder ihres Mannes und ihr Enkel ist.

d) Die mehr als diese angenommen haben, non animadverterunt, quasdam species inter genera se retulisse.

auf die Mutter möglich, mater certa est, nicht hinsichtlich des Vaters. Diesem Mangel hat das Recht durch eine Präsumtion abgeholfen, durch die mit der Mutter auch der Vater gegeben ist: als Vater gilt der Ehemann der Mutter, pater est quem nuptiae demonstrant. [e]) Uneheliche Kinder haben keinen Vater und keine väterlichen Verwandten,[f]) während die Verwandtschaft mit der Mutter und ihren Verwandten rein auf das Factum der Zeugung gestellt bleibt, also kein Unterschied zwischen ehelich und außerehelich Erzeugten ist. Diese Grundsätze haben einige Modificationen erfahren. Es giebt 1) Ausnahmen von der Regel, daß in Beziehung auf den Vater nur eheliche Zeugung in Betracht kommt. Das römische Recht kennt ein in der Ehe factisch analoges Geschlechtsverhältniß, den Concubinat, die darin Erzeugten werden in gewissen Beziehungen als Kinder ihres Vaters, als *naturales* liberi, anerkannt. Daher wird jene Regel vorzugsweise auf die übrigen Außerehelichen: spurii, vulgo quaesiti, vulgo concepti gestellt. [g]) Ja auch bei diesen letzteren wirkt die natürliche Wahrscheinlichkeit des Vaters als Ehehinderniß. [h]) 2) Ausnahmen von der Regel, daß hinsichtlich der Mutter kein Unterschied ist zwischen ehelich und außerehelich Erzeugten. Justinian hat verordnet, daß bei einer Frau von vornehmstem Stand (illustris mulier) die unehelichen Kinder ignorirt werden sollen,[i]) und ein gleiches scheint er von den Fällen verordnet zu haben, wo die Erzeugung ein Verbrechen ist, so daß die ex complexibus nefariis, incestis, damnatis Erzeugten als Kinder ohne Eltern zu betrachten wären. [k])

---

e) L. 5 D. de in ius voc. (2, 4.) Von den Gränzen dieser Präsumtion wird an einem andern Ort gehandelt werden.

f) Gai. I. 64: — patrem habere non intelliguntur, cum incertus sit, unde solent spurii filii appellari — quasi sine patre filii. Daher haben uneheliche Kinder keine Agnaten, L. 4 D. unde cogn. (38, 8.)

g) L. 23 D. de statu hom. (1, 5): vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt — qui et spurii appellantur, *παρὰ τὴν σποράν*.

h) L. 14 §. 2 D. de ritu nupt. (23, 2): — ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint, etsi dubitetur, patrem eum esse. Unde nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est —.

i) L. 5 C. ad S. C. orphit. (6, 57.)

k) Nov. 89 c. 15 vgl. L. 6 C. de incest. nupt. (5, 5.)

Die rechtlichen Wirkungen der Verwandtschaft bestimmen sich theils nach der Art, theils nach dem Grad derselben. Der Art nach theilen sich die Verwandten in drei natürliche Classen: Descendenten,[l] Ascendenten,[m] Seitenverwandte.[n] Unter den Seitenverwandten sind ausgezeichnet einmal die Geschwister; sodann ein gewisses Verhältniß der ungleichen Seitenlinie. Verwandtschaft der ungleichen Seitenlinie besteht zwischen zwei Seitenverwandten, von denen der eine weiter als der andere von dem gemeinsamen Stamm absteht. Jenes ausgezeichnete Verhältniß der ungleichen Seitenlinie ist nun das, wobei eine der beiden Personen Sohn oder Tochter des gemeinsamen Stammes ist, es besteht also zwischen Oheim, Tante, Großoheim, Großtante u. s. f. auf der einen, und Neffen, Nichte u. s. f. auf der andern Seite, und wird dem elterlichen verglichen.[o] — Grad der Verwandtschaft bedeutet den größeren oder geringeren Abstand der verwandten Personen von einander. Die

---

l) 1) Filius, filia, 2) nepos, neptis, 3) pronepos, proneptis, 4) abnepos, abneptis, 5) adnepos, adneptis, 6) trinepos, trineptis. Die folgenden werden nur mit dem allgemeinen Namen posteriores bezeichnet.

m) 1) Pater, mater, 2) avus, avia, 3) proavus, proavia, 4) abavus, abavia, 5) atavus, atavia, 6) triavus, triavia. Die folgenden heißen schlechtweg maiores.

n) 1) Frater et soror, und deren filii, nepotes, pronepotes, abnepotes (so wie filiae, neptes u. s. f.).

2) Patruus, amita (Geschwister des Vaters), avunculus, matertera (Geschwister der Mutter); von jenen Sohn und Tochter: frater et soror patruelis, und amitinus, amitina (patrueles heißen die von zwei Brüdern Erzeugten, amitini Geschwisterkinder von Bruder und Schwester), Enkel: patruelis etc. filius, Urenkel: patruelis etc. nepos; von den Geschwistern der Mutter Sohn und Tochter: frater consobrinus, soror consobrina (im gemeinen Leben führten alle Geschwisterkinder, also auch patrueles und amitini den Namen consobrini), Enkel: consobrini etc. filius, Urenkel: consobrini etc. nepos.

3) Patruus magnus, amita magna (Geschwister des Großvaters), avunculus magnus, matertera magna (Geschwister der Großmutter); von beiden Sohn und Tochter; propior sobrino, sobrina, Enkel: sobrinus, sobrina.

4) Propatruus, proamita (Geschwister des Urgroßvaters), proavunculus, promatertera (Geschwister der Urgroßmutter); von ihnen Sohn und Tochter: propatrui etc. filius, filia.

5) Abpatruus, abamita (Geschwister des Urgroßvaters), abavunculus, abmatertera (Geschwister der Ururgroßmutter).

o) §. 5 l. de nupt. (1, 10), L. 39 pr. D. de ritu nupt. (23, 2.) Die Neuern haben davon den Ausdruck respectus parentelae für jenes Verhältniß gebildet.

Römer denken sich nämlich diese Abstände als aus Stufen, gradus, bestehend, auf welchen man, um von einer Person zur andern zu gelangen, hinabsteigt (bei den Descendenten: der Sohn bildet den ersten Grad, der Enkel den zweiten u. s. f.) oder aufsteigt (bei den Ascendenten: der Vater ist die erste Stufe, der Großvater die zweite u. s. f.), oder auf- und abwärts zugleich: bei den Seitenverwandten, indem man, um von dem einen zum andern zu gelangen, zuerst bis zum gemeinsamen Stamm auf- und von ihm wieder bis zu der andern Person hinabzusteigen hat. p) Die Zahl der Stufen, die man auf- oder abwärts, oder auf- und abwärts zu steigen hat, bezeichnet die Nähe und Ferne, den wievielsten Grad der Verwandtschaft. Die Sache läßt sich auch so ausdrücken: jede Zeugung bildet einen Grad, so viele Zeugungen nothwendig waren, um die Verwandtschaft zweier Personen zu vermitteln, im sovielsten Grad sind sie mit einander verwandt (quot generationes, tot gradus); q)

p) L. 10 §. 9. 10 D. de gradib. (38, 10.)

q) Z. B. Geschwisterkinder sind im vierten Grad (wenn man zugleich die Art der Verwandtschaft angeben will: der Seitenlinie) verwandt, denn (nach römischer Anschauung) hat man, um von dem Einen zu dem gemeinsamen Stamm (ihrem Großvater oder Großmutter) zu gelangen, zwei Stufen, und eben so viel von diesem herab zu dem andern zu schreiten. Nach dem obigen zweiten Ausdruck: es liegen vier Zeugungen zwischen ihnen, die Zeugung eines jeden von seinem Parens, und dieses von dem gemeinsamen Stamm (s. g. stipes communis). — Zusammenstellungen der Personen, welche die gesammte Verwandtschaft bilden, nach den Graden und mit den Verwandtschaftsnamen (στέμματα cognationum) finden sich in Paulus sent. IV. 11: de gradibus, Dig. XXXVIII. 10: de gradibus et adfinibus et nominibus eorum, Inst. III. 6: de gradibus cognationis. Diese Anweisungen pflegten auch durch bildliche Darstellungen veranschaulicht zu werden. Eine solche hat Böcking im Corpus iur. anteiust. bonnens. p. 175 a aus einer Handschrift der notitia dignit. herausgegeben. (Sie gehört jedoch erst dem Mittelalter an, wie die Ausdehnung bis zum achten Grad und die Verachtung der Ehe ergiebt, die sich im Bilde des Bocks ausdrückt. Ungleich merkwürdiger ist die sehr alte Abbildung von Ranconnet's Handschrift des theodosischen Codex (Cuiac. obs. 6, 40. Böcking l. c. p. 171), die sich auf die legitima hereditas bezieht und auch die Manus berücksichtigt. Das Bild stellt das römische Haus dar. Und nicht minder wichtig ist die Abbildung bei Isidor Orig. 9, 5. §. 28, welche, wie die Erwähnung der Immunitäten bis zum vierten Grad darthut, für die vicesima hereditatum entworfen wurde. Beide Abbildungen giebt Huschke, Iurisp. ant. ed. 2 p. 534. Andere erwähnt Haenel, praef. legis Rom. Visig. p. XXIV. 457. R.) Auch den Institutionen Justinian's war ein solches Bild beigefügt, mehrere Handschriften enthalten sei es eine Copie, sei es eine Nachahmung desselben, s. die Schrader'sche Institutionen-Ausgabe. Heutzutage pflegen, um Verwandtschaftsfälle anschaulich zu machen, folgende Zeichen gebraucht zu werden. Personen werden mit einem

Es sind jetzt zwei Familienverbindungen dargestellt worden: Agnation und Cognation, ihr Verhältniß zu einander soll nun noch bestimmt werden. Beide lassen sich unter dem allgemeinen Begriff der Verwandtschaft, cognatio im weiteren Sinn, zusammenfassen. Agnation ist die civilrechtliche Verwandtschaft, civilis cognatio, Cognation die natürliche, naturalis cognatio.[r]) Der Grund der Agnation ist ein juristisches Verhältniß (patria potestas und manus); wie dieses kann sie daher willkührlich entstehen; wer durch Adoption in die väterliche Gewalt gekommen ist, ist eben so gut Agnat der Agnaten seines Adoptivvaters, als der leibliche Sohn, der durch die Erzeugung in jenes Verhältniß zu dem Vater und dadurch in den Agnatenkreis desselben eingetreten ist. Denn nicht die Erzeugung ist es, die diesen zum Agnaten macht, sondern die väterliche Gewalt, die und sofern sie eine Folge der Erzeugung ist. Mithin, da die väterliche Gewalt und die Manus möglich ist unter Personen, die natürlich nicht verwandt sind, kann jemand Agnat einer Person sein, ohne ihr wirklicher Cognat zu sein, und wenn er dieß ist, kann er in einem andern Grad ihr Agnat, in einem andern ihr Cognat sein. Diese Möglichkeit ist indessen in der Anwendung durch den Grundsatz modificirt, daß die Agnaten auch die Rechte der Cognaten haben sollen, wer Agnat einer Person ist, der wird, solange er dieß ist, im Recht auch als ihr Cognat behandelt, auch wenn er es wirklich nicht wäre.[s]) Die Agnation kann sich ferner endigen, durch capitis deminutio der Person, nicht die Cognation, die auf einem Factum beruht, welches nicht ungeschehen gemacht werden kann,[t]) nur jene juristisch angenommene Cognation, die lediglich auf der Agnation beruht, endigt mit dieser.[u])

Kreis ○, die, welche besonders hervorgehoben werden sollen, mit einer doppelten Kreislinie ◎ bezeichnet, jenes ist aber auch insonderheit das Zeichen für Mannspersonen, für Frauenspersonen werden die Zeichen eines Vierecks, Dreiecks oder Halbkreises □ △ ⌓ gebraucht. Die Ehe wird mit einem Bogen ⌣, die Zeugung mit einer abwärtsgehenden geraden Linie, wodurch zwei Personen verbunden werden, bezeichnet. (Die Verbindung mit einer horizontalen geraden Linie ○—○ gebrauchen Manche als Zeichen für das Geschwisterverhältniß.) Der Tod einer Person wird durch das Durchstreichen ihres Zeichens, oder Beisetzung eines Kreuzes angedeutet.

r) L. 4 §. 2 D. de gradib. (38, 10.)

s) L. 10 §. 2. 4 D. eod. L. 1 §. 4 D. unde cogn. (38, 8.)

t) Gai. I. 158, L. 8 D. de R. I. (50, 17.)

u) L. 3 D. unde cogn. (38, 8.)

Sind sich Agnation und Cognation so ungleich in ihrem Wesen selbst, so sind sie es nicht weniger in ihren Wirkungen. Mit weit überwiegender Bedeutung tritt im alten Recht die Agnation auf. ihrer streng juristischen Gestaltung entspricht eine ihr fast ausschließlich zukommende Wirkung im Recht, in dieser Stellung deckt sie die natürliche Verwandtschaft beinahe zu, die nur als ein Hinderniß mancher Verhältnisse, welche den Banden des Bluts widersprechen, wie namentlich der Ehe, eine rechtliche Wirkung äußerte. Nur allmählich trat die Cognation aus dieser Hülle hervor, Gesetze, welche gewisse Schenkungen, gewisse Vermächtnisse verboten, begünstigten die Cognaten durch Ausnahme von diesem Verbot. Ferner entstand, ebenfalls schon während der freien Republik, die rechtliche Ueberzeugung, daß auch den Cognaten ein wenn auch minderer Anspruch auf das Vermögen eines Verstorbenen gebühre, welche vornehmste privatrechtliche Wirkung der Verwandtschaft die civilrechtliche früher ausschließlich occupirte, und in der sie erst viel später ihren Vorrang gänzlich verlor. Und nicht einmal unbeschränkt wurde der Cognation diese an sich schon mindere Wirksamkeit zuerkannt; während der entfernteste Agnat in den Fall kommen konnte, seine agnatischen Rechte geltend zu machen, wurden die Cognaten nur bis zum sechsten Grad, diesen eingeschlossen, in einigen Fällen bis zum siebenten, als solche anerkannt, daher denn auch die römischen Juristen in ihren Uebersichten der Verwandten, und der Angabe ihrer Namen nur bis zum sechsten, oder höchstens zum siebenten Grad fortgehen.[v]) Die Richtung auf Hervorhebung der Cognation gegenüber der Agnation setzt sich in der Geschichte des römischen Rechts fort bis auf Justinian, der zuletzt der ersten einen vollständigen Sieg über die letzte verschafft, und auch die Beschränkung jener auf gewisse Grade beseitigt hat.[w])

Das andere civilrechtliche Verhältniß, welches an die Agnation,

---

v) So z. B. L. 1 §. 3, L. 9 pr. D. unde cogn. (38, 8.) Vgl. Note l m n, wo die Cognaten in den verschiedenen Richtungen bis zum sechsten Grad incl. fortgeführt sind.

w) Klenze, die Cognaten und Affinen nach R. R. rc. (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. VI. 1) hat sich bemüht, die Wirkungen der natürlichen Verwandtschaft schon im älteren Recht herauszustellen, bei welchem verdienstlichen Unternehmen er freilich nicht vermieden hat, einen Einfluß, den man früher allzugering angeschlagen oder ganz ignorirt hatte, seinerseits über Gebühr zu vergrößern.

über ihre Gränzen hinausgehend, sich ansetzte, die Gentilität (§. 194 a. E.), hat schon beziehungsweise früh angefangen, seine rechtliche Bedeutung zu verlieren. Gaius sagt, das ius gentilicium sei außer Gebrauch gekommen, [x]) sicher nicht erst seit kurzem, bei Cicero wird ein wahrscheinlich aus der zweiten Generation vor ihm entnommenes Beispiel seiner Anwendung erwähnt, [y]) der Fall betraf die Beerbung des Sohns eines Freigelassenen, in dieser Richtung mag sich das Recht am längsten erhalten haben; die gentiliciae hereditates, um die Julius Cäsar von Sulla gestraft wurde, [z]) sind wohl eben so zu verstehen.

CXCVI. Neben der Cognation und auf sie sich beziehend steht noch ein anderes verwandtschaftliches Verhältniß, die **Affinitas**. Durch die Ehe geschieht es, daß zwei Verwandtschaften, die des Mannes und die der Frau, in diesen verehelichten Personen an einander gränzen.[a]) Die Cognation des einen Ehegatten ist die affinitas des andern. Jeder Ehegatte hat den andern [b]) und dessen Cognaten zu Affines, nicht die Agnaten desselben als solche, [c]) noch weniger sind die beiderseitigen Cognaten unter einander Affines. [d]) Im Deutschen heißt dieses Verhältniß Verschwägerung, die Ascendenten des einen Gatten sind die Schwiegereltern, [e]) seine Descendenten die Stiefkinder des andern, [f]) und hinwiederum sind die Gatten für jene

x) Gai III. 17. Ulpian in der collat. XVI. 4. 2.

y) Cic. de orat. I. 39: Quid? qua de re inter Marcellos et Claudios patricios centumviri iudicarunt, quum Marcelli ab liberti filio *stirpe*, Claudii patricii eiusdem hominis hereditatem *gente* ad se rediisse dicerent, nonne in ea causa fuit oratoribus de toto stirpis ac gentilitatis iure dicendum. Von dieser Stelle wird noch im Erbrecht gehandelt werden.

z) Sueton. Iul. 1.

a) L. 4 §. 3 D. de grad. et affin. (38, 10.)

b) L. 5 pr. D. de iniur. (47, 10.) Fragm. vat. 303.

c) Daher der Adoptirte nicht in die Affinität kommt, L. 4 §. 10 D. de gradib. (38, 10.) Doch ist die Frau des Adoptivvaters für ihn wenigstens novercae loco, und seine Frau nurus loco für den Adoptivvater, L. 14 pr. §. 1 D. de ritu nupt. (23, 2.)

d) Privigni also, zusammengebrachte Kinder der Ehegatten aus früheren Verbindungen, sind unter sich weder Cognaten (L. 10 §. 13 D. de gradib. [38, 10]), noch Affinen. Daher L. 34 §. 2 D. de ritu nupt. (23, 2): inter privignos contrahi nuptiae possunt.

e) Socer, socrus; socer magnus, socrus magna (prosocer, prosocrus.)

f) Privignus, privigna.

die Schwiegerkinder,[g]) für diese die Stiefeltern.[h]) Die Collateralen des einen sind die Schwäger des andern, und umgekehrt.[i]) Die Affinitas dauert eigentlich nur so lange, als die Ehe, durch die sie begründet wird, und in Beziehung auf manche Wirkungen ist man streng bei diesem Grundsatz stehen geblieben,[k]) hinsichtlich mancher gieng man darüber hinaus, ja gewisse Wirkungen lassen sich erst nach Auflösung der die Affinität begründenden Ehe denken.[l])

In den Gesetzen, welche mit der Affinität gewisse Wirkungen verbinden, werden die Affines mit Namen aufgeführt,[m]) nicht wie die Cognaten nach Graden. Daher wird gesagt: gradus affinitati nulli sunt,[n]) und in der That, während bei der Cognation eine Stufe aus der andern hervorgeht (quasi ex eo nascitur, L. 10 §. 10 D. de gradib.), kann dieser Ausdruck bei der Affinität, die stets auf einer einzigen Ehe als ihrem Grund beruht, nicht gebraucht werden. Dennoch läßt sich auch hier von einer größeren oder geringeren Nähe des Verhältnisses sprechen: der nächste in der Affinität ist der Ehegatte selbst, dann folgen seine Cognaten in dem Verhältniß, in welchem sie zu ihm näher oder entfernter stehen.[o])

Der eigentliche Grund der Affinität ist die Ehe, aber auch durch das bloße Verlöbniß entsteht ein Verhältniß, welches der Affinität in gewissen Beziehungen gleichgestellt, und auch mit diesem Namen belegt worden ist.[p])

---

g) Gener, nurus; progener, pronurus.

h) Vitricus, noverca.

i) Levir des Mannes Bruder, glos des Mannes Schwester (und des Bruders Frau).

k) L. 3 §. 1 D. de postul. (3, 1): affinitates non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed praesentes. Fragm. vat. 303.

l) Fragm. vat. l. c. Gai. I. 63.

m) L. 4 §. 4 D. de gradib. (38, 10.) Z. B. in der Lex Cincia: privignus, privigna, noverca, vitricus, socer, socrus, gener, nurus, vir et uxor, sponsus, sponsa. Fragm. vat. 302.

n) L. 4 §. 5 D. de gradib. (38, 10.)

o) So hieß es in der lex Cornelia de iniuriis: ut non iudicet qui ei qui agit, gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, *propiusve* eorum quemquam ea cognatione *affinitateve* attinget, L. 5 pr. D. de iniur. (47, 10.) Es ist daher auch von gradus affinium, im allgemeinen wenigstens, die Rede L. 10 pr. de gradib. (38, 10.)

p) Note m, L. 6 §. 1, L. 8 D. de gradib. (38, 10) vgl. L. 12 §. 1. 2 D. de ritu nupt. (23, 2.)

Cognaten und Affinen werden unter dem Ausdruck necessarii zusammengefaßt.[q])

cc. Vermögensrecht und Familienrecht.

CXCVII. Die Unterscheidung von Vermögensrechten und Familienrechten, an welche letztere sich die Vermögensrechte, die von Familienverhältnissen abhängen (wie namentlich das gesetzliche Erbrecht), anschließen, hat ein besonderes Interesse dadurch, daß es Personen giebt, die nur der einen dieser beiden Classen fähig sind, der andern nicht oder nur beschränkt.

Am vollkommensten tritt dieser Unterschied heraus bei den juristischen Personen, ihre Rechtsfähigkeit beschränkt sich durchaus auf das reine Vermögen, von Familienverhältnissen ist bei ihnen nicht die Rede. Kein Recht, das eine Stellung in der Familie in sich faßt oder voraussetzt, kann einer juristischen Person zugeschrieben werden.

Umgekehrt dagegen giebt es Personen, die eine Stellung in der Familie haben, aber von der Art, daß sie dadurch fast gänzlich absorbirt werden, so daß ihnen kein Vermögen, wenigstens kein actives zugeschrieben werden kann. Dieß sind die in der patria potestas oder manus eines Andern stehenden (§. 219).

In der Geschichte des Rechts (Bd. I §. 39 ff.) ist die Ansicht näher ausgeführt worden, daß in der allerältesten Zeit, unter der ausschließlichen Herrschaft des ramnischen Rechts, das Privatrecht durch das öffentliche bedeckt und unterdrückt war. Zuerst befreite sich das Vermögensrecht aus diesen Banden, dann auch die Familie, in deren rechtlicher Gestaltung übrigens noch bis in die späteren Zeiten die Spuren ihres ursprünglich rein politischen Daseins übrig blieben. Durch die Aufnahme der Plebs namentlich geschah es, daß die Scheidung der öffentlichen und der Privatperson in dem Bürger zu vollem Bewußtsein und entschiedener Wirkung gelangte. Neben die politischen Rechte der Civität trat als ein von ihnen unabhängiges die Fähigkeit zu dem Jus Quiritium, dadurch war dem Privatrecht seine selbstständige und unabhängige Stellung zuerkannt. Zugleich aber drängte sich die Scheidung der Vermögens- und der Familienrechte fortwährend der Anschauung auf. Auf die patricischen Familien war der patricische Staat gegründet, die Plebejer waren von

q) Gallus Aelius bei Festus: necessarii.

diesem, und damit auch von jenen ausgeschlossen; dieß wird so ausgedrückt: zwischen Patriciern und Plebejern besteht kein Connubium. Diese Ausschließung blieb auch, nachdem ein beide Stände umfassender Staat, aber auf einem neutralen Grund, dem des Vermögens, errichtet war, sie verschwand erst, als der daneben fortdauernde patricische Staat der Curien seine Macht verlor; eine vermögensrechtliche Genossenschaft dagegen nach Jus Quiritium bestand von Anfang zwischen beiden Theilen: sie hatten Commercium mit einander.

Als nun in die Civität als solche Connubium und Commercium gelegt war, so daß nur etwa die Ausübung derselben in einzelnen Fällen aus besonderen Gründen ausgeschlossen sein konnte (wie z. B. die Ausübung des Connubiums durch Eheschließung zwischen nahen Verwandten, die des Commerciums bei dem Prodigus, s. §. 202), so geschah es, daß durch die Berührungen der Bürger mit Nichtbürgern jene Begriffe und ihre Unterscheidung in fortwährender praktischer Bedeutung sich erhielten. Diese Nichtbürger hatten kein Connubium mit den Römern, wenn es nicht in einzelnen Fällen ausnahmsweise aus besonderen bewegenden Ursachen gegeben wurde, der größte Theil hatte auch kein, oder nur ein beschränktes Commercium, doch gab es Personen, denen ein Commercium ohne Connubium eingeräumt wurde (§. 217).

Zugleich trat in das römische Recht der im zweiten Buch dargestellte Gegensatz von Jus civile und Jus Gentium (Bd. I §. 83—85). Auf den Begriff des Connubiums hatte dieser keinen Einfluß, es ist nach wie vor die Fähigkeit (absolut oder relativ: in Beziehung auf eine gewisse andere Person), eine Ehe zu schließen, welche das Jus civile als solche anerkennt und mit seinen Wirkungen bekleidet,[a]) und damit zugleich die Fähigkeit zu den römischen Familienverhältnissen überhaupt (als deren Quelle die Ehe zu betrachten ist), und zu den von ihnen abhängigen Vermögensrechten. Noch Ulpian (fragm. V. 3) bestimmt das Connubium als uxoris *iure* (d. i. iure civili) ducendae facultas. In Beziehung auf das Commercium dagegen wurde der Verkehr des Jus Gentium und des Jus civile unterschie-

a) Als daher die Lex Aelia Sentia gewisse Vorschriften über Form und Wirkungen einer Ehe zwischen Latinen und Cives gemacht hatte (§. 218), behaupteten manche Juristen, daß dadurch, die Beobachtung der Form vorausgesetzt, connubium zwischen ihnen gegeben sei, Gai. I. 80.

den. Commercium heißt im weiteren Sinn die Möglichkeit eines Vermögensverkehrs überhaupt, damit ist noch nicht gesagt, daß er in den römischen Formen und mit den eigenthümlich römischen Wirkungen vor sich gehe.[b] Im eigentlichen Sinn aber wird auch dieser Begriff auf das Vermögensrecht des Jus civile und seine eigenthümlichen Formen bezogen.[c]

c. Entstehung und Endigung der Rechte.

α. Allgemeines.

CXCVIII. Die Rechte entstehen und vergehen, indem eine Person berechtigt wird oder aufhört es zu sein. Dieß ist die Bewegung und Veränderung, welcher die Rechte in Beziehung auf die Subjecte unterworfen sind. Ein Recht existirt nur dadurch, daß es mit einem Subject, dem es zusteht, verknüpft ist, daher läßt sich die Entstehung eines Rechts auch als Erwerb desselben durch eine Person ausdrücken. Eben so endigt sich ein Recht, wenn jene Verknüpfung mit einem Subject aufhört, daher läßt sich die Endigung auch als Verlust des Rechts durch den Berechtigten bezeichnen.

Jede Entstehung eines Rechts ist Erwerb, jede Endigung Verlust desselben durch die Person, in der es sein Dasein hat. Aber es kann ein Recht erworben werden, welches bisher schon existirte, indem es von dem bisher Berechtigten auf ein anderes Subject übergeht, und darin liegt zugleich auf der andern Seite, daß es verloren werden kann, ohne daß es schlechthin untergeht, indem es, wie es bei dem Verlierenden war, auf einen Andern kommt. Dieß führt

b) Im Jahr 584 wurde gallischen Gesandten vom Senat das Recht gegeben, je zehn Pferde in Italien zu kaufen und auszuführen, dieß wird so ausgedrückt: ut denorum equorum iis commercium esset, educendique ex Italia potestas fieret, XLIII. 5. Von dem Recht der Mancipation war dabei nicht die Rede. S. auch L. 6. D. de captiv. (49, 15.) Dagegen beschreibt Ulpian (XIX. 5) nur scheinbar dieses Commercium im weitern Sinn, wenn er sagt: commercium est emendi vendendique invicem ius, denn er will damit ein Erforderniß der Mancipation, also das Commercium des Jus civile erläutern. Daß er dieß so allgemein und ohne Hinzufügung der Worte iure civili thut, entschuldigt sich durch den Zusammenhang. Vorher steht: eosque peregrinos quibus commercium datum est. Hierin lag die Beseitigung des Mißverständnisses: das einem dem römischen Staat angehörigen Peregrinen besonders verliehene Commercium kann ohnedieß nur das des Jus civile sein, das des Jus Gentium haben diese Peregrinen schon als solche.

c) Ulpian. l. c.

auf folgende Classification der Erwerbungen, die sich zugleich auf die Endigungen anwenden läßt:

1) Die Erwerbung ist von dem bisher existirenden Recht eines Andern unabhängig. Sie heißt in diesem Fall ursprüngliche, originäre Erwerbung. Das erworbene Recht ist hier stets ein neues, welches vor dem Erwerb durch den jetzigen Berechtigten noch nicht existirte. So werden wir z. B. Eigenthümer, indem wir eine herrenlose Sache uns zueignen, und dieses unser Eigenthum ist so unabhängig von dem Recht eines Andern, daß es sogar voraussetzt, ein Anderer habe kein Recht an jener Sache gehabt. Ferner wenn jemand Gläubiger eines Andern wird, so geschieht dieß so, daß diese Forderung erst in seiner Person zum Dasein kommt, ihre Entstehung leitet sich nicht aus dem bisherigen Recht einer andern Person ab.

2) Der Erwerber leitet sein Recht von dem Recht eines Andern ab, welches die Quelle von jenem ist. Dieß heißt derivativer Erwerb. Er ist in seiner Wirkung durch das Recht einer andern Person bedingt, die darum als Urheber, auctor, des Rechts des Erwerbers bezeichnet wird. Die rechtliche Stellung des Erwerbers kann in Folge eines derivativen Erwerbs nicht besser sein, als die seines Auctors: non debeo melioris conditionis esse quam auctor meus, a quo ius in me transit.[a]) Dagegen kann das Recht des Erwerbers einen geringeren Umfang und Gehalt haben, als das Recht des Auctors.

Bei dem derivativen Erwerb sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Das Recht des Auctors selbst geht auf den Erwerber über, dieser tritt ein in die Stelle jenes, succedit in locum eius. Diese Erwerbung heißt Succession; sie setzt ein juristisches Verhältniß zwischen dem früheren Berechtigten und dem jetzigen Erwerber voraus, vermöge dessen das Recht vor jenem auf diesen übergeht, der bloße Wechsel des Berechtigten, der Umstand allein, daß jemand ein Recht verliert, ein Anderer dieses erwirbt, macht die Erwerbung nicht zur Succession. Wenn ich z. B. Eigenthum dadurch erwerbe, daß ich den mit gewissen Eigenschaften versehenen Besitz der Sache eine gewisse Zeit hindurch fortsetze, so hört damit der bisherige Eigenthümer auf es zu sein, es tritt ein Wechsel des Berechtigten ein, aber die Usucapion ist keine derivative, sondern eine originäre Erwerbung:

---

a) L. 175 §. 1 D. de R. I. (50, 17.)

der Uebergang des Eigenthums von dem Einen auf den Andern geschieht nicht vermöge einer juristischen Beziehung zwischen ihnen. Eben so, wenn ich mein Eigenthum an einer Sache schlechthin aufgebe, und diese dadurch herrenlos gewordene sofort von einem Andern occupirt wird. Jenes Verhältniß zwischen dem Auctor und Successor kann in dem übereinstimmenden Willen beider bestehen, vermöge dessen das von jenem in dieser Absicht aufgegebene Recht von diesem als solches erworben wird, aber auch ohne eine solche thätige Mitwirkung des Auctors oder des Erwerbers kann es durch rechtliche Vorschrift hergestellt sein, wie z. B. wenn eine Sache Mehreren gemeinschaftlich gehört und der Richter sie theilt, wodurch jeder sein Miteigenthum an dem Theil, der dem andern zugewiesen wird, verliert, und jeder in Beziehung auf den Antheil des Andern an dem ausschließlich erworbenen Theil Successor desselben ist, so gut als wenn sie durch Uebereinkunft getheilt, und einander die Theile mit Aufgeben ihres Antheils daran übertragen hätten. Es giebt aber eine doppelte Art von Successionen. Entweder succedirt man in ein einzelnes Recht (oder mehrere einzelne Rechte) für sich, Singularsuccession, oder in die Gesammtheit des Vermögens, wodurch zugleich die einzelnen Rechte übergehen, Universalsuccession. Jene bezeichnen die Römer als ein succedere in rem (in rei dominium), diese als ein succedere per universitatem, oder in universum ius, in universa bona.[b]) Die Universalsuccession beruht auf einer Vereinigung der Persönlichkeit des bisherigen Berechtigten mit der des Successors, so daß jener in Beziehung auf den Gegenstand der Succession nicht, wie bei der Singularsuccession, dem Successor fortan noch als eine fremde und selbstständige Person gegenübersteht. Daher wird der Ausdruck auctor fast ausschließlich von dem, in dessen Stelle wir durch Singularsuccession eingetreten sind, gebraucht.[c]) Manche Rechte können nicht durch Succession erworben werden, manche nicht durch Singular-, wohl aber durch Universalsuccession.

b) Ein Bestandtheil von dem Recht des Auctors wird auf den

b) L. 8 D. de iureiur. (12, 2), L. 3 §. 1 D. de exc. rei vend (21, 3), L. 24 §. 1 D. de damno inf. (39, 2), L. 1 §. 13 D. quod legat. (43, 3) u. a.

c) In einer Constitution Diocletian's aus dem hermogenianischen Codex (Tit. de successionibus) kommt er auch für den Erblasser vor, Consult. vet. ICti 6.

Erwerber übertragen, der Erwerber hat nicht das Recht des Auctors, aber ein seiner Entstehung nach davon abhängiges, sein Erwerb ist ein derivativer, aber keine Succession. Einen solchen gewährt die Bestellung von iura in re durch den Eigenthümer der Sache.

Fassen wir nun die Endigung der Rechte ins Auge, die eine gänzliche oder theilweise sein kann (im letzten Fall können wir sie auch als Bezeichnung der Rechte bezeichnen), so geschieht sie entweder so, daß eine andere Person dadurch gewinnt, oder ohne daß dieser Erfolg, wenigstens in rechtlicher Gestaltung, eintritt. Das Letztere ist der Fall, wenn der Gegenstand des Rechts, z. B. die Sache, die in unserem Eigenthum war, untergeht, ferner wenn wir das Eigenthum so verlieren, daß die Sache herrenlos wird. [d]) Ein Verlust der ersten Art tritt stets ein in den Fällen des derivativen Erwerbs, er kann ferner auch einen originären Erwerb begleiten, z. B. die Usucapion, endlich aber kann jemand ein Recht zum Vortheil eines Andern (ganz oder theilweise) verlieren, ohne daß dieser ein Recht dadurch erwirbt, indem der Vortheil, den er erhält, nicht die Gestalt eines neuen und besonderen Rechts annimmt. Dahin gehört der Verlust eines ius in re aliena, wodurch für den Eigenthümer eine Beschränkung seines Eigenthums wegfällt, ferner der Verlust einer Forderung, wodurch der Schuldner befreit, ein Minus aus seinem Vermögen entfernt wird, eben so der Verlust einer Klage, z. B. durch Verjährung.

Die Thatsachen, mit welchen das Recht die Wirkung der Entstehung oder Endigung der Rechte verknüpft, heißen Entstehungs- und Endigungsarten der Rechte. Sie sind verschieden bei den verschiedenen Rechten. Im allgemeinen bestehen sie theils in Handlungen, die entweder in dieser Absicht vorgenommen sind oder unwillkührlich diese Folge haben, theils in andern von dem Willen unabhängigen Ereignissen. Es ist möglich, daß beides sich verbinden muß, um eine Entstehungs- oder Endigungsart zu bilden, zuweilen aber besteht dieselbe bloß aus einer Handlung, oder bloß aus einem sonstigen Ereigniß.

Bei der Aufhebung der Rechte ist eine doppelte Art der Wirk-

---

d) Natürlich betrachtet ließe sich sagen, Andere gewinnen dadurch, nämlich in dem zweiten Beispiel, die Möglichkeit, sich die Sache zuzueignen, im ersten durch etwanige Preiserhöhung ihres Eigenthums (z. B. bei Zerstörung von Waarenvorräthen), aber diesem Gewinn fehlt eben die rechtliche Gestaltung.

samkeit, die einem Endigungsgrund zukommen kann, zu unterscheiden. Der einfachste Fall ist der, daß mit dem Eintritt des Grundes die Existenz des Rechts schlechthin aufhört, wie es z. B. mit dem Eigenthum geschieht, wenn ein Anderer die Sache usucapirt hat. Das Recht wird hier ipso iure aufgehoben. Es giebt aber Gründe der Aufhebung, welchen diese unmittelbare Wirkung nicht zukommt, deren Eintritt das Recht nicht vernichtet, aber ihm seine Wirksamkeit entzieht, und dadurch denselben thatsächlichen Erfolg wie dort herbeiführt. Diese Aufhebung gestaltet sich verschieden bei den verschiedenen Rechten und unter verschiedenen Umständen, vornehmlich wichtig ist sie bei den Obligationen, wo näher darauf eingegangen werden wird. Im allgemeinen läßt sie sich so bezeichnen: es entsteht das Recht eines Andern, welches zwar nicht die Existenz des ersten Rechts direct ausschließt (wie dieß in dem angeführten Beispiel der Usucapion der Fall ist), aber es unwirksam, z. B. dem Gläubiger die Ausübung seiner Forderung (obwohl sie ipso iure noch besteht) gänzlich unmöglich macht.

Zwei Thatsachen sind für die Veränderung in den Rechten (theils in Verbindung mit anderen Umständen, theils für sich) von besonderer Wichtigkeit: Zeit und Rechtsgeschäfte. Davon soll in den folgenden Abschnitten weiter gehandelt werden.

β. Einfluß der Zeit. a)

CXCIX. In doppelter Art hat die Zeit einen Einfluß im Recht: eine rechtliche Bedeutung ist theils gewissen Zeitabschnitten für sich, theils Zeiträumen, d. h. Summen von gewissen Zeitabschnitten beigelegt. Das erste ist der Fall, wenn für rechtliche Handlungen gewisse Tage oder Stunden bestimmt sind, entweder als Theil der Form, die zu beobachten ist, oder als Bedingung ihrer Zuständigkeit. Beides kommt insonderheit bei gerichtlichen Handlungen vor, und ist im Proceß erwähnt worden (§. 158. 183. 187). Das zweite tritt überall ein, wo im Recht irgend etwas davon abhängig gemacht wird, daß im Lauf eines gewissen Zeitraumes etwas geschehen oder nicht geschehen ist. Die wichtigsten Fälle, die dahin gehören,

---

a) Die vollständigste Darstellung dieser Lehre enthält Savigny's System des heut. R. R. B. IV §. 177—201 (Bachofen, zur Lehre von der civilen Berechnung der Zeit [1842], Zeitschr. für Civilrecht und Civilproceß XVIII. 2. II. R.)

bestehen darin, daß durch die einen gewissen Zeitraum erfüllende Dauer eines Zustands ein Recht erworben oder verloren wird.

Der Erwerbung von Rechten durch den Ablauf einer gewissen Zeit, innerhalb deren sie ausgeübt worden sind, liegt folgender Gedanke zu Grunde. Je älter ein Recht ist, desto schwieriger wird der Beweis seiner rechtmäßigen Entstehung. Dieß führt, da ein Recht nicht durch seine Dauer unsicher werden darf, darauf, das Alter seiner Ausübung selbst als eine Erwerbsart gelten zu lassen. Wenn aber dieser Grund vorzüglich bei längeren Zeiträumen eintritt, so fehlt es auch nicht an einer Veranlassung, kürzere mit derselben Wirkung zu begleiten. Diese Veranlassung wird bei solchen Rechten eintreten, deren Erwerbung an complicirte Voraussetzungen geknüpft ist, welche nicht immer beobachtet, oder wenn dieses, nicht leicht bewiesen werden können (z. B. die Erwerbung des Eigenthums durch Succession, welche das Eigenthum des Auctors voraussetzt), wo also die Ausübung eine gewisse Zeit hindurch als bekräftigende Ergänzung des entweder an sich oder in Beziehung auf die Nachweisbarkeit unvollkommenen Erwerbs hinzukommt. Auch kann es vielleicht zweckmäßig erscheinen, einen gewissermaßen provisorischen Zustand dem definitiven Recht vorausgehen, und daher dieses erst nach einer gewissen Zeit, gleichsam einer Probezeit, eintreten zu lassen. [b])

Umgekehrt wird bei manchen Rechten angenommen, sie seien verloren wenn sie eine gewisse Zeit hindurch nicht ausgeübt worden sind. Dieser Vorschrift kann wie dort die Absicht zu Grunde liegen, die Wirkung eines wirklichen Verlustes, dessen Beweis nur durch die Länge der Zeit schwierig oder unmöglich geworden sein kann, zu Hülfe zu kommen, der Zweck kann aber auch der sein, den Zustand der Erwartung, ob jemand von einem ihm zukommenden Recht Gebrauch machen will oder nicht, abzukürzen, und darum ihm das

b) So gebührte es sich nach dem sittlichen Gefühl der ältesten Römer, daß die Frau in der Manus des Mannes sei. Wenn daher diese Gewalt auch nicht durch den Act der Confarreation oder der Coemtion constituirt worden war, so sollte doch schon die Ehe selbst zur Manus führen. Aber man fand es bedenklich, diese letztere sofort mit Eingehung der Ehe (ohne Confarreation) stillschweigend eintreten zu lassen, daher galt als Recht: erst wenn die Frau ein Jahr im Haus des Mannes ist, entsteht nun stillschweigend jene Gewalt, durch die ihr ganzes Vermögen auf den Mann übergeht, und sie in die Stellung einer Tochter zu ihm kommt.

Recht mit jener Beschränkung, daß er es innerhalb eines gewissen Zeitraums ausüben muß, zuzuerkennen.

Man hat alle diese sehr verschiedenartigen Veränderungen in Rechten durch Zeitablauf unter dem gemeinsamen Begriff der Verjährung (Präscription) zusammengefaßt, die man in die erwerbende oder Acquisitiv- und die erlöschende oder Extinctiv-Verjährung eingetheilt hat, je nachdem ihr Resultat die Entstehung oder die Endigung eines Rechts ist. Dieser allgemeine Begriff ist kein römischer, und er ist auch nutzlos, da es, abgesehen von der Berechnung der Zeit, keine allgemeine Theorie für alle die höchst verschiedenen Institute giebt, welche unter diesen Namen der Verjährung fallen (Klagverjährung, Ersitzung, non usus u. s. f.) und die in der Folge, jedes an seinem Ort erwähnt werden sollen.

Als Hülfe für die Anwendung der Zeitbestimmungen, die das Recht enthält, dient der Kalender. Dieser verzeichnet die Zeitabschnitte, nämlich das Jahr und seine Eintheilung in Monate und Tage. Bei den Römern haben theils neben, theils nach einander drei verschiedene Kalender bestanden.[c]) Der vor Julius Cäsar geltende wurde dem Numa zugeschrieben, er theilte das Jahr in 12 Monate und 355 Tage, und schaltete ein Jahr um das andere bald 22 bald 23 Tage hinter dem 23. Februar (Fest der Terminalien) ein; diese eingeschalteten Tage wurden mit den folgenden fünf letzten Tagen des Februars zu einem mensis intercalaris vereinigt, welcher Mercedonius hieß. Diese Einschaltung vermehrt die Kalenderzeiten nicht, auch das Schaltjahr hatte kalendermäßig 355 Tage, indem die eingeschalteten Tage nur als ein Anhang des 23. Februars betrachtet wurden.[d]) Eine andere Bildung und Eintheilung des Jahrs wurde auf Romulus zurückgeführt; dieses romulische Jahr bestand aus 10 Monaten und 304 Tagen. Es entfernte sich noch weiter von dem astronomischen, als das numaische, seine Anwendung im gewöhnlichen Leben würde noch bedeutendere Einschaltungen als dieses erheischt haben, für diese Ausgleichung aber sei, bemerken die Alten, keine feste Vorschrift gemacht, man habe sie unregelmäßig nach Bedürfniß, wenn die Abweichung so stark geworden, daß die Wintermonate in den Sommer und umgekehrt fielen, vorgenommen.[e])

c) Censorin. de die nat. 10. Macrob. saturn. I. 12—14.
d) L. 98 §. 1 D. de V. S. (50, 16.)
e) Macrob. I. 12 a. E.

Wahrscheinlich bestanden beide Kalender in alter Zeit neben einander in gleichmäßiger Anwendung auf verschiedene Fälle (s. unten), so daß bei dem romulischen Jahr nur deswegen nicht für die Ausgleichung mit dem astronomischen gesorgt war, weil man ihrer für die Zwecke, zu denen es diente, nicht bedurfte. Den numaischen Kalender, dessen Jahr durch Nachlässigkeit und Willkür der mit der Ordnung und Einschaltung Beauftragten in Verwirrung gekommen war,[f] änderte Julius Cäsar, indem er, um die Ordnung herzustellen, das Jahr 708 (annus confusionis ultimus) auf 15 Monate und 445 Tage setzte, von 709 an ein Jahr von 12 Monaten und 365 Tagen einführte, und da nach der damals geltenden Lehre das astronomische Jahr einen Viertelstag mehr zählte, alle vier Jahre einen Tag an demselben Ort, wo früher der Monat eingeschaltet wurde, hinzuzufügen gebot. Dieser Interkalartag, der 24. Februar des Schaltjahrs, macht aber mit dem 24. Februar (sextus ante cal. mart.) des gemeinen Jahrs nur Einen Tag, welcher bisextum heißt (seine erste Hälfte — die eingeschaltete — posterior dies, die zweite — der sonstige sextus — prior dies, eine Bezeichnung, die sich aus dem Rückwärtszählen der Tage von den folgenden Kalendern erklärt), so daß auch das Schaltjahr 365 Tage hat, nur darunter einen verdoppelten von 48 Stunden. Die eingeschaltete Zeit kommt gar nicht als Zeit in Anschlag: biduum pro uno die habetur.[g]

Die Zeitabschnitte, wie sie der Kalender enthält, werden **bürgerliche** genannt, das Jahr heißt annus civilis im Gegensatz zu dem annus naturalis, dem astronomischen Jahr,[h] der Monat mensis civilis im Gegensatz zu dem auf Sonnenlauf oder Mondeswechsel beruhenden naturalis,[i] endlich der Tag dies civilis im Gegensatz gegen den dies naturalis, der von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang reicht, und dem die Nacht gegenübersteht. An-

---

f) Censorin. 20: — sed horum plerique ob odium vel gratiam, quo quis magistratu citius abiret diutiusve fungeretur, aut publici redemptor ex anni magnitudine in lucro damnove esset, plus minusve ex libidine intercalando rem sibi ad corrigendum mandatam ultro depravarunt.

g) L. 98 pr. D. de V. S. (50, 16.)

h) Censorin. 20.

i) Censorin. 22.

fang und Ende des dies civilis dagegen ist Mitternacht (sexta hora noctis.[k])

Der Kalender dient nun

1) dazu, die oben angegebene erste Art von rechtlichen Zeitbestimmungen in Anwendung zu bringen. Er gab namentlich Aufschluß über die Beschaffenheit der Tage, wonach gewisse rechtliche Handlungen an ihnen stattfanden oder nicht, welche Tage also fasti, nefasti, comitiales waren. — Für diesen Gebrauch war wohl gleich von Anfang der von Numa genannte Kalender bestimmt.

2) Auch für die Berechnung von Zeiträumen gab der Kalender den einzigen sicheren Anhaltpunkt. Mit dem Ablauf einer gewissen Zeit eine rechtliche Wirkung verbinden, heißt so viel als eine gewisse Quantität gewisser Zeitabschnitte festsetzen, deren Erfüllung jene Folge haben soll. Das Natürlichste ist nun, einen Zeitraum nach solchen Zeitabschnitten zu bestimmen, die der Kalender enthält, und zwar nach den einander gleichen, also Jahren und Tagen;[l]) dadurch wird uns eben der große Vortheil verschafft, die Abschnitte nach dem Kalender zu zählen, den Zeitraum nach diesem zu berechnen, also nach einem sichern und einfachen Maß, während die Zählung anderer Zeitabschnitte, Stunden, Minuten rc. Anstalten voraussetzt, deren Herstellung und Gebrauch in den meisten Fällen, wenn sie auch in der erforderlichen Art gelängen, einen mit dem Zweck in keinem Verhältniß stehenden Aufwand von Mitteln fordern würde. — Der Kalender, welcher für die Berechnung eines Zeitraums diente, war wahrscheinlich anfangs der s. g. romulische, es hat sich davon eine einzelne Anwendung in dem zehnmonatlichen Trauerjahr der Wittwe noch bis auf spätere Zeiten erhalten; nachher wurde diese Verschiedenheit unbequem gefunden, und man wandte (ohne Zweifel schon ziemlich früh) den numaischen auch auf diese zweite Art von Zeitbestimmungen an.

---

k) Censorin. 23. L. 8 D. de feriis (2, 12.)

l) Als es aufkam, auch nach Monaten einen Zeitraum auszudrücken, wurde es eben darum Bedürfniß, diese an sich ungleichen Abschnitte zu jenem Behuf in gleiche zu verwandeln. Daher wurde der Grundsatz aufgestellt: jeder solche zur Bezeichnung eines Zeitraums gebrauchte Monat ist als eine Zeit von 30 Tagen zu nehmen, zwei Monate also gleich 60 Tagen, L. 11 §. 6, L. 29 §. 5 D. ad L. Iul. de adulter. (48, 5) drei Monate gleich 90 Tagen, L. 22 §. 2. 11 C. de iure delib. (6, 30) u. s. f.)

Bei der Berechnung eines Zeitraums kommt es nun auf folgende Punkte an. Wenn eine nach Jahren (Monaten) und Tagen gemachte Zeitbestimmung auf einen vorliegenden Fall angewendet, also entschieden werden soll, ob die Dauer eines gewissen Zustandes jener festgesetzten Zeit gleichkommt, so ist

a) sein Anfang zu bestimmen, also der Zeitabschnitt, in welchem er begonnen hat. Soll nun dieß lediglich nach dem Kalender geschehen, so ist die möglichst genaueste Bestimmung die des Tags, der Zeit von Mitternacht zu Mitternacht, denn dieß ist der kleinste Zeitabschnitt, den der Kalender aufweist. In welche Stunde der Anfangspunkt fällt, darauf kommt nichts an, der ganze Tag wird wie ein Moment behandelt, ein Zustand, der in der ersten Stunde des Tags anfängt, hat hier für uns keine längere Dauer als der in der letzten Stunde begonnene.[m])

b) Von diesem Anfang an hat man nun nach dem Kalender so viele Jahre und Tage zu zählen, als der vorgeschriebene Zeitraum enthält, und darnach zu bemessen, ob dieser in dem vorliegenden Fall schon abgelaufen ist. Es kommt mit andern Worten darauf an, den letzten Tag zu bestimmen, mit dem in dem vorliegendem Fall das Recht erworben oder verloren ist. Auch hier ist also nur von dem letzten Tag, nicht von einer letzten Stunde u. s. f. die Rede. Ein von irgend einem Tag an zu berechnendes Jahr endigt sich daher mit dem 365sten Tag (nicht mit der 8760sten Stunde), ein Monat mit dem 30sten Tag (nicht mit der 720sten Stunde).[n])

Für diese Rechnung nach Kalenderzeiten, wobei also der Tag als der kleinste zu berücksichtigende Zeitabschnitt gilt, gebrauchen die Römer den Ausdruck civiliter numerare oder computare, was sie

---

m) Eben so wie wenn nach Minuten gerechnet wird, es gleichgültig ist, in welcher Secunde einer Minute der Zustand begonnen hat.

n) Zum Verständniß der Quellen ist zu bemerken, daß die Römer bei der Anwendung der Ordinalzahlen, so daher namentlich bei der Bezeichnung des letzten Tags eines Zeitraums, einen doppelten Sprachgebrauch befolgen, indem sie theils den Zeitabschnitt, von dem die Zählung ausgeht, theils erst den folgenden als den ersten zählen. Der Satz z. B., daß alle vier Jahre eingeschaltet wird, drücken sie bald mit quinto quoque anno, bald mit quarto quoque anno aus. Vgl. Savigny, System des heut. R. R. IV. Beil. XI. Die erste Redeweise ist, wenigstens bei einem sich wiederholenden Zeitraum wie in dem gegebenen Beispiel, als die üblichere und regelmäßige zu betrachten, daher die Abweichung davon, die Einzelne sich erlaubten, bei den Römern selbst Mißverständnisse veranlaßte, Macrob. saturn. I. 14.

selbst durch ad dies numerare, und totum postremum diem (den Tag als ein untheilbares Ganzes) computare, und durch den Gegensatz a momento ad momentum oder ad momenta temporum (mit Berücksichtigung kleinerer Zeitabschnitte) computare erklären. Jede andere Berechnung (z. B. eben die ad momenta temporum ist eine nicht civile.[o]) andrerseits aber enthält der Begriff der Civilcomputation auch nichts weiter als jenes, Civilcomputation ist die Berechnung nach ganzen Tagen (nicht nach kleineren Zeittheilen).[p])

Innerhalb der Civilcomputation selbst findet sich ein Unterschied, der die Bestimmung des Anfangs und des Endes betrifft. Er soll sogleich durch ein Beispiel anschaulich gemacht werden. Wenn ein Zustand, damit eine gewisse Wirkung eintrete, ein Jahr, also 365 Tage gedauert haben soll, so kann bei der Berechnung dieses Zeitraums als der erste Tag der, an welchem das den Zustand erzeugende Ereigniß eingetreten ist, genommen werden, aber auch der folgende.[q]) Ferner kann der Zeitraum für beendigt erklärt werden entweder schon, wenn der 365ste Tag erreicht, oder erst, wenn er zurückgelegt ist.[r]) Dieser Unterschied ist unmerklich, wo nach sehr kleinen Zeittheilen gerechnet wird, die wir in einem Moment erreichen und überschreiten, wichtig wird er für die Berechnung nach ganzen Tagen, weil hier eine Differenz von beinahe 24 Stunden dadurch entsteht. Die römischen Juristen befolgen dabei folgende Regeln:

Wenn durch eine gewisse Dauer eines Zustandes ein Recht erworben werden soll, so das Eigenthum durch fortgesetzten Besitz (Usucapion), das Recht zu testiren, zu manumittiren rc. durch ein gewisses Alter, so wird der Tag des Besitzerwerbs, der Geburt als der erste gerechnet, und der letzte Tag braucht nur erreicht, also die Mitternacht, die ihm vorhergeht, nur überschritten zu sein, um das Recht erworben zu haben.[s]) Wie aber dieser dies novissimus oder

---

o) Man pflegt diesen Gegensatz mit naturaliter computare auszudrücken, ein Ausdruck, der vollkommen richtig gebildet ist, und sicher nur zufällig in unseren Quellen sich nicht vorfindet.

p) L. 6 D. de usurp. (41, 3), L. 134 D. de V. S. (50, 16.)

q) Es ist hier von der Berechnung selbst, nicht von der Verschiedenheit bloß des Ausdrucks (Note n) die Rede.

r) Diese Verschiedenheit wird in L. 5 D. qui test. fac. poss. (28, 1) mi complere und excedere des Zeitraums ausgedrückt.

s) Usucapion: L. 6. 7 D. de usurp. (41, 3), L. 15 pr. D. de divers.

postremus oder extremus zu finden sei, darüber wird gestritten. Nach dem Bisherigen kann kein Zweifel sein: es ist der letzte von der Summe von Tagen, aus denen der Zeitraum besteht, bei einem Jahr also der 365ste. Wenn daher die Usucapion am 1. Januar begonnen hat, der Mensch an diesem Tag geboren ist, so ist das Eigenthum erworben, das fragliche Alter erreicht am 31. December, und zwar incipiente die, daher sowie die Mitternacht zwischen dem 30. und 31. vorüber ist.[t]) Savigny will den letzten Tag durch eine Anwendung der Naturalcomputation finden, er bestimmt ihn als den, worein der Endpunkt fiele, wenn ad momenta temporum gerechnet würde, so daß also in unserm Beispiel der Erwerb erst einträte am Anfang des 1. Januars.[u])

Wenn durch den Ablauf der Zeit ein Recht verloren werden soll, so eine Klage durch Versäumniß ihrer Anstellung eine gewisse Zeit hindurch (Klagverjährung), die prätorische Erbfolge durch Versäumniß der für ihre Erlangung gesetzten Frist, so muß der letzte Tag ganz abgelaufen sein, wenn das Recht verloren sein soll, wer jene Handlung am letzten Tag noch vornimmt, hat das Recht nicht ver-

temp. praescr. (44, 3.) Testamentsmündigkeit: L. 5 D. qui test. fac. p. (28, 1.), Manumissionsfähigkeit: L. 1 D. de manum. (40, 1.), Erwerbung der Civität durch ein einjähriges Kind: L. 132 pr. 134 D. de V. S. (50, 16.) — Man hat diese Berechnungsweise mit den Worten: dies ultimus coeptus habetur pro completo ausgedrückt, und darin fälschlich das Kennzeichen der Civilcomputation gesucht, während sie in der That nur eine einzelne, besonders gestaltete Anwendung derselben ist.

t) Dieß wird bestätigt durch L. 132 u. 134 D. de V. S. (50, 16), wo (bei dem anniculus) zuerst der Ausdruck extremus anni dies und dann trecentesimus sexagesimus quintus gebraucht wird; außer allen Zweifel aber setzt es L. 5 D. qui testam. (28, 1): A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Et verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse (s. Note r)? Propone aliquem calendis ianuariis natum testamentum *ipso natali suo* fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. *Plus arbitror*, etiamsi *pridie calendarum* fecerit post sextam horam noctis (d. h. in irgend einem Theil des 31. Decembers, auch gleich am Anfang), valere testamentum: iam enim complesse videtur annum quartum decimum. et Marciano videtur.

u) Sein Hauptgrund ist die allzugroße Abweichung jenes Resultats von dem der mathematischen Berechnung, das heißt, er stellt sich auf den Standpunkt dieser, was eben unzuläßig scheint.

säumt. [v]) Dieß ist der durchgängige und unzweifelhafte Unterschied dieses Falls von dem vorigen des Erwerbs. Zweifelhaft ist, ob auch in Beziehung auf die Bestimmung des Anfangstags ein Unterschied stattfand. Wenn man die Sache so auffaßte: so und so viel Tage des Versäumnisses bringen uns z. B. um die Klage, so war es nicht unnatürlich zu sagen: nicht der Tag, wo die Klage entstanden ist, sondern erst der folgende ist der erste des Versäumnisses. Nach den einzelnen Entscheidungen in unsern Quellen aber ist anzunehmen, daß die Römer darüber nicht, wie dort, eine gleichmäßige Regel befolgten. [w])

Die Verschiedenheit der civilen Berechnung bei Erwerb und Verlust, die jetzt dargestellt worden ist, hat einen innern Grund. Wenn jemand an so und so viel Tagen besessen oder gelebt haben soll, so hat er am letzten Tag besessen oder gelebt, wenn er nur den Anfang desselben erreicht hat, daß er hingegen auch am letzten Tag eine Handlung versäumt habe, können wir erst sagen, wenn dieser ganz abgelaufen ist. Nun konnte es aber bei manchen Verhältnissen zweifelhaft scheinen, ob sie zu den Fällen der ersten oder der zweiten Art zu rechnen seien. Die römischen Juristen bedienen sich bei der Entscheidung dieser Frage nicht selten äußerer Gründe, die von den Worten des geschriebenen Rechtssatzes hergenommen sind. [x]) Ein

v) L. 6 D. de O. et A. (44, 7) L. 30 §. 1 D. ad L. Iul. de adult. (48, 5) L. 101 D. de R. I. (50, 17) L. 1 §. 9 D. de success. ed. (38, 9.)

w) L. 101 D. de R. I. (50, 17) spricht von einem Gesetz, welches eine Frist von zwei Monaten (60 Tagen) für die Ausübung eines Rechts festsetzt, hier sei verordnet, daß auch der noch zugelassen werden solle, der am 61sten komme. Der Jurist bedient sich den Ausdruck anlangend der gewöhnlichen Zählung mit Einschluß des Tags, in den das Ereigniß fällt, in der Sache aber rechnet er diesen nicht bei den 60 Tagen mit. Dagegen wird bei der Appellationsfrist von 2 oder 3 Tagen der Tag der Sentenz mitgerechnet, L. 1 §. 5. 12 D. quando appell. (49, 4), und eben so scheint es bei der Anklage wegen Ehebruchs, und bei der prätorischen Erbfolge gewesen zu sein (s. die Note v cit. St.).

x) So wird, daß bei dem Manumissionsalter schon der Anfang des letzten Tages hinreiche, dadurch begründet, daß das Gesetz nicht dem maior xx annis die Manumission erlaube, sondern dem minor sie verbiete, deshalb sei keine Ueberschreitung (Note r) des Alters von zwanzig Jahren erforderlich, L. 1 D. de manum. (40, 1.) Ferner bei dem prätorischen Erbrecht heiße es im Edict, es müsse intra centum dies, intra annum erworben werden, der letzte Tag sei aber auch noch intra tempus, L. 1 §. 9 D. de succ. ed. (38, 9.) Gegen eine ihnen deferirte Vormundschaft entschuldigt werden maiores LXX annis, daher excessisse oportet LXX annos, L. 2 pr. D. de excus. (27, 1.)

merkwürdiger Fall, der eine verschiedene Entscheidung zuließ, war die Entstehung der Manus durch einjähriges Verbleiben der Frau im Haus des Manns (usu). Faßt man ihn unter den Gesichtspunkt einer Erwerbung, wie die Usucapion, so ist, wenn die Frau am 1. Januar ins Haus des Mannes übergieng, die Manus über sie entstanden am Anfang des folgenden 31. Decembers, und die Möglichkeit durch eine Abwesenheit per trinoctium die Entstehung zu verhüten, fällt nach dem 27. December weg, denn eine Frau, die erst am 28. jene Unterbrechung des Usus beginnt, ist bei Vollendung des Jahres nur $2^1/_2$ Nacht abwesend gewesen. Anders entscheidet aber Q. Mucius Scävola die Sache:[y]) erst nach dem 28. December (um bei dieser uns geläufigen Bezeichnung zu bleiben) falle die Möglichkeit der Unterbrechung weg, die Entfernung am 29. nütze nichts mehr: quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex calendis. Daraus ergiebt sich, daß der Jurist von der Ansicht ausgieng, der letzte Tag (nach dem damals geltenden Kalender der 355ste) müsse ganz abgelaufen sein, damit die Manus entstehe.[z]) Dieß hat nichts auffallendes, es ist vielmehr eine nicht uninteressante Bestätigung anderer Nachrichten über die Geschichte des Manus. Daß die Frau in der Manus des Mannes sei, erschien den ältesten Römern als das Naturgemäße. Das hatte sich zur Zeit des Mucius sehr verändert, es war eine Reaction dagegen entstanden, die sich zuletzt mit der völligen Aufhebung der stillschweigenden Entstehung durch Usus endigte.[aa]) Damit stimmt es sehr wohl überein, daß die Rechtskundigen schon vorher den Usus nicht begünstigten, und ihn mehr aus dem Gesichtspunkt des Verlustes der Selbstständigkeit, als eines Erwerbs beurtheilten.

In einem Fall wird eine Berechnung a momento ad momentum angewendet, obwohl nicht rein, sondern ebenfalls mit Zuziehung des Kalenders. Die Minderjährigkeit beschließt sich nach der Civilcom-

y) Gell. III. 2. Macrob. sat. I. 3. Vorausgesetzt freilich, daß Gellius (welchem Macrobius folgt) genau mitgetheilt hat, was er „gelesen hatte, daß Mucius zu sagen pflegte," und daß sein Autor richtig gehört hat. Gellius kam es bei seinem Citat nur auf einen Beleg dafür an, daß der Tag von Mitternacht zu Mitternacht reiche

z) Bloß dieses folgt daraus, nicht, wie Savigny annimmt, die Richtigkeit seiner oben besprochenen Meinung.

aa) Gai. I. 111.

putation am Tag vor dem zum fünf und zwanzigsten Mal wiederkehrenden Geburtstag; sofern dadurch das Recht der In Integrum Restitutio verloren wird, müßten wir sagen: mit dem Ablauf (nicht mit dem Anfang) jenes Tags; am sechs und zwanzigsten Geburtstag hat man das Alter von fünf und zwanzig Jahren überschritten, er ist der erste der Volljährigkeit. Nun ist aber festgesetzt, wenn jemand an diesem seinem Geburtstag, nur noch vor der Stunde seiner Geburt, ein ihm nachtheiliges Geschäft geschlossen hat, so soll es in Beziehung auf jenes Recht so behandelt werden, als ob er noch minor gewesen wäre.[bb] Diese Abweichung von der Regel beruht offenbar auf einer Begünstigung der Minderjährigen, die der Art, wie das Recht sie überhaupt behandelt, vollkommen entsprechend ist.[cc]

CC. Man kann einen Zeitraum noch mehr als es bei der bisher dargestellten Berechnung der Fall ist, mit dem Kalender identificiren, und dadurch die Berechnung ganz unnöthig machen, indem man nämlich den Schlußtag gleich von vorn herein bestimmt festsetzt, z. B. indem, statt die Dauer eines Amts auf ein Jahr festzusetzen, erklärt wird, es endige sich stets mit dem 31. December.[a] Dieß ist offenbar eine sehr zweckmäßige Methode, wodurch die zweite Art der Zeitbestimmungen (die Zeiträume) der ersten (der Ausstellung von Zeitabschnitten) gleichgemacht wird. Aber diese Vereinfachung der Sache ist unthunlich, wo es sich um die Dauer eines zu den verschiedensten Zeiten eintretenden Zustands handelt, wie eines Lebens, eines Besitzes, eines Klagerechts u. s. f.[b]

Zuweilen ist jedoch die Berechnung eines Zeitraums umgekehrt erschwert, durch besondere Modificationen, die vermöge rechtlicher Vorschrift dabei eintreten können. Das Regelmäßige ist, daß, wenn

---

bb) L. 3 § 3 D de minor. (4, 4.)

cc) Nach der savigny'schen Ansicht würde sie vielmehr unerklärlicher Weise zum Nachtheil dieser Personen eingeführt sein, denn ihr zu Folge würde, civiliter computirt, das Recht erst am Ende des Geburtstags verloren gehen.

a) So pflegten die Römer Zinsgeschäfte an den Kalenden des Monats abzuschließen, und damit diesen Tag zugleich zum Zahltag zu machen.

b) Unmöglich wäre sie auch hier nicht, es ließe sich z. B. die Verjährung einer Klage so bestimmen: die Klage, die in irgend einem Theil des Jahrs entstanden ist, geht verloren, wenn sie nicht bis zum Ablauf des 31. December des nächsten Jahrs angestellt wird. In den meisten Fällen aber würde dieß unpassend sein.

das Ereigniß, welches den Anfang des Zeitraums bildet, eingetreten ist, ununterbrochen alle Tage, wie sie der Kalender giebt, gezählt werden, so daß also alle Abschnitte, aus denen der Zeitraum besteht, an einander hängen. Ein solcher Zeitraum heißt continuum tempus. Diese Regel hat keine Ausnahme bei den Zeiträumen, durch deren Ablauf ein Recht erworben werden soll. Sie gilt auch für die, welche für den Verlust eines Rechts durch Versäumniß (z. B. Klagverjährung) festgesetzt sind, hier indessen kommen Ausnahmen vor: es ist zuweilen bestimmt, daß bei der Berechnung gewisse Tage übersprungen werden sollen, so daß dadurch der Zeitraum eine viel größere Ausdehnung erhalten, eine Zeit z. B. von 100 Tagen zu einem Jahr anwachsen kann, wenn nämlich in diesem ganzen Jahr 265 Tage vorkamen, die zu überspringen waren. Ein solcher Zeitraum, der in der Wirklichkeit über seinen nominellen Betrag sich erweitern kann, heißt utile tempus, die Tage, aus denen er besteht, utiles dies. Diese Bestimmung ist stets die Ausnahme, und sie kommt nur vor, wo folgende Voraussetzungen zusammentreffen: 1) ein Recht durch Unterlassung einer Handlung verloren gehen soll, an deren Vornahme jemand ohne seine Schuld an gewissen Tagen gehindert sein kann, 2) die Handlung vor Gericht vorgenommen werden soll, wodurch die Möglichkeit einer Hinderung um so näher liegt, da sie auch in dem Gericht begründet sein kann, 3) die Zeit eine kurze ist, da bei einer längeren eben schon durch diese Länge selbst auf die Möglichkeit von Hindernissen Bedacht genommen ist, die bei kürzeren durch jene eigenthümliche Berechnung unschädlich gemacht werden sollen; das utile tempus kommt nur bei Zeiträumen vor, die nicht über ein Jahr betragen, 4) die Zeit nicht durch Verfügung für einen einzelnen Fall, sondern durch einen Rechtssatz festgesetzt ist. Die Hindernisse, die manche Tage bei der Berechnung ausfallen machen können, sind nicht überall dieselben, sie hängen von der Beschaffenheit der vorzunehmenden Handlung ab.[c] Als Hinderungsgründe in der Person dessen selbst, der handeln soll, gelten Abwesenheit, deren Beseitigung nicht in seiner Willkühr steht, und Krankheit, die seine Thätigkeit unmöglich macht, vorausgesetzt, daß auch nicht die Möglichkeit durch einen Stellvertreter zu handeln übrig blieb.[d] Das

c) L. 2 §. 1 D. quis ordo in poss. (38, 15) L. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3.)

d) Das Hinderniß, welches in der Nichtkenntniß von der Zuständigkeit der

Hinderniß kann aber auch in dem Umstand liegen, daß die Handlung bei der Behörde vorgenommen werden muß; die Tage, wo diese nicht zugänglich war, oder an denen überhaupt eine Handlung, wie die betreffende, nicht vorgenommen werden kann (§. 158), sind bei dem utile tempus außer Ansatz zu lassen. Endlich kann die Abwesenheit einer dritten Person ein Hinderniß werden, nämlich bei einer Klage, für die eine Frist vorgeschrieben ist, die des zu Belangenden. — Die Schwierigkeit der Berechnung eines utile tempus, und die Ungewißheit der rechtlichen Verhältnisse, die eine Folge davon ist, daß die Entscheidung von individuellen Umständen abhängt, hat im späteren Recht darauf geführt, manchen früher utiliter zu berechnenden Zeiträumen tempora continua zu substituiren.[e])

Endlich giebt es eine mit rechtlicher Wirkung versehene Zeit, bei welcher ihrer Natur nach von einer Berechnung nicht die Rede sein kann, da sie nicht aus einer bestimmten Zahl von Zeitabschnitten besteht. Die Wirkung der meisten juristischen Zeiträume läßt sich so bezeichnen: der Zeitablauf verwandelt einen factischen (oder als solcher geltenden) Zustand in einen rechtlichen (oder als solchen erweislichen).[f]) Diese Wirkung ist nun auch einer unbestimmt langen Zeit beigelegt, welche dadurch charakterisirt wird, daß der Anfang eines gegenwärtigen Zustandes über Menschengedenken hinausliegt, origo eius memoriam excessit. Dieß ist dann der Fall, wenn der Zustand so lange gedauert hat, daß niemand existirt, der über seinen Ursprung aus eigner Anschauung oder von Hörensagen Auskunft ertheilen kann, noch auch eine solche Auskunft von Früherlebenden, die den Anfang gesehen oder davon gehört haben, vernommen hat.[g]) Man nennt eine solche Zeit eine unvordenkliche (Immemorialverjährung), die Römer brauchen dafür das Wort vetustas. Sie

---

Handlung liegt, zu berücksichtigen, kann besonders vorgeschrieben sein, so durch die Bestimmung, daß ein gewisser Zeitraum erst von dem Augenblick der Kenntniß laufen soll; in der bloßen Eigenschaft der utilitas temporis liegt dieß nicht. Jene Vorschrift kann bei einem utile tempus fehlen, bei einem continuum gegeben sein.

e) Diese Lehre vom utile tempus ist erst durch Savigny a. a. O. §. 189—191 auf ihre wahre Gestalt zurückgeführt worden.

f) So verwandelt sich bei der Usucapion die Ausübung des Eigenthums (der Besitz) in das Eigenthum, bei der Klagverjährung die factische Unangefochtenheit des Beklagten in eine rechtliche.

g) L. 28 D. de probat. (22, 3) L. 2 §. 8 D. de aqua pluv. (39, 3.)

äußert ihre Wirkung in solchen Fällen, wo kein Rechtssatz eine bestimmte Zeit für Entstehung oder Endigung eines Rechts anordnet, namentlich da, wo die Rechtmäßigkeit eines Zustands eine obrigkeitliche Verfügung oder Concession voraussetzt, durch die er entstanden ist; wo nun diese der Länge der Zeit wegen nicht mehr nachgewiesen werden kann, soll die Dauer des Zustands jene unordentliche Zeit hindurch sie ersetzen: vetustas legis vicem tenet, pro lege habetur.[h])

γ. Rechtsgeschäfte.

a. Allgemeines.

CCI. Die meisten Veränderungen in den Rechten werden durch Handlungen hervorgebracht. Man nennt die Handlungen, denen eine solche rechtliche Wirkung zukommt, juristische. Handlung überhaupt ist jede Bewegung des Willens, äußere Handlungen sind die, welche eine Einwirkung auf die Sinnenwelt enthalten. Das, was die äußere Handlung mit der inneren gemein hat, ist der Wille und seine Bestimmung zu etwas (Entschluß), dazu kommt nun noch die Aeußerung des Willens (die That, das factum). Nur äußere Handlungen sind juristische.[a]) Das Factum in diesem Sinne kann nicht allein in einer positiven Thätigkeit, sondern auch in einem Unterlassen bestehen; es giebt nicht bloß positive (Begehungs-), sondern auch negative (Unterlassungs-) Handlungen.

Die rechtliche Wirkung kann in einem doppelten Verhältniß zu der Handlung stehen: 1) sie ist unabhängig von dem Willen des Handelnden, der also möglicherweise auf einen ganz andern Erfolg gerichtet sein kann; 2) sie setzt voraus, daß die Absicht des Handelnden auf sie gieng. Handlungen, deren Absicht auf eine rechtliche Wirkung gerichtet ist, heißen Rechtsgeschäfte. Diese haben also stets eine Wirkung, die in jenem zweiten Verhältniß zur Handlung steht, außerdem können sie aber noch andere unwillkührliche rechtliche Folgen haben; z. B. der Antritt einer Erbschaft ist ein Rechtsgeschäft,

h) L. 1 §. ult. L. 2 pr. 26 D. de aqua pluv. (39, 3) L. 3 pr. de loc. et itin. publ. (13, 7) L. 3 §. 4 D. de aqua quot. (43, 20.) Savigny, System V §. 195—197.

a) — nec consilium habuisse noceat, nisi et factum seculum fuerit, L. 53 in f. 225 D. de V. S. (50, 16.) Eben so wenig aber ist das Factum für sich und ohne den Willen eine Handlung.

die Erwerbung des Erbrechts ist seine beabsichtigte Wirkung, überdieß aber tritt der Erbe als solcher in mancherlei Verbindlichkeiten, und für diese Wirkung ist es gleichgültig, ob seine Absicht darauf gieng oder nicht. Unerlaubte Handlungen dagegen haben stets nur eine rechtliche Wirkung, die in dem ersten Verhältniß steht, es ist nicht diese Wirkung, die der Handelnde beabsichtigt.

Die Rechtsgeschäfte sind theils einseitige, theils zweiseitige. Bei jenen geht die Einwirkung auf das Recht, in welcher der Zweck des Rechtsgeschäfts besteht, von Einer Person aus, bei diesen wirken Mehrere zur Hervorbringung des rechtlichen Erfolgs übereinstimmend zusammen, der Erfolg beruht auf ihrem übereinstimmenden Willen und seiner Aeußerung. Diese zweiseitigen Rechtsgeschäfte heißen Verträge.

Die Erfordernisse der Rechtsgeschäfte sind theils solche, die sie mit allen Handlungen gemein haben, theils besondere. Sie sollen nun nach den drei Momenten einer Handlung: Wille, Richtung des Willens auf etwas, Aeußerung des Willens, dargestellt werden.

CCII. Rechtsgeschäfte setzen in dem Handelnden vor allem

1) Willensvermögen voraus, ohne welches überall keine Handlung möglich ist. Willensunfähige sind daher durchaus handlungsunfähig, und dieß gilt nicht bloß für Rechtsgeschäfte, sondern für alle Handlungen. Daher sind juristische Personen nicht handlungsfähig, dem Begriff, der hier das Subject der Persönlichkeit ausmacht, kann kein wirklicher Wille zugeschrieben werden. Daß ihnen ein Recht, eine Macht, zugeschrieben wird, beruht auf einer bloßen Fiction. Diesem Mangel ist für Rechtsgeschäfte, soweit ein Bedürfniß es erheischt, durch Stellvertreter abgeholfen, deren Wille unter gewissen Voraussetzungen als Wille der juristischen Person gilt. Alle die juristischen Personen, welche überhaupt in den rechtlichen Verkehr einzugreifen bestimmt sind, können Beamte und Vorsteher mit dieser Function haben, bei den Corporationen kommt zu diesen Repräsentanten noch die Versammlung der Glieder, deren verfassungsmäßiger Beschluß als Wille des Ganzen gilt. Die Verfassung einer Corporation hat diese Vertretung derselben zu ordnen.[a])

a) Nach der späteren römischen Städteverfassung wird die Commune durch die Curie vertreten, und zu einem Beschluß derselben ist die Anwesenheit von

Der menschliche Wille ist bedingt durch die Vernunft, mit dieser geht auch jener verloren. Daher sind Wahnsinnige (furiosi, dementes) handlungsunfähig.[b]) Aber es giebt auch Menschen, denen nicht durch eine geistige Krankheit die Vernunft entzogen ist, sondern durch ihr Alter, oder vielmehr bei denen sie erst in der Ausbildung begriffen ist: die Kindheit ist, wenigstens annähernd, ein Zustand der Vernunftlosigkeit.[c]) Dieses Alter nennen die Römer infantia, die Personen dieses Alters infantes oder qui fari non possunt, d. h. die, wenn sie auch Laute und sogar Worte bilden, doch nicht mit Einsicht in die Bedeutung der Worte sprechen können. Die infantia ist ein Kennzeichen des Mangels voller Willenskraft, da beide Fähigkeiten gleichmäßig sich zu entwickeln pflegen, den Römern aber lag es deswegen am nächsten, weil die wichtigsten rechtlichen Handlungen ohne Aussprechen gewisser Worte nicht vorgenommen werden konnten. Gerade indessen, daß die Handlungsfähigkeit nicht auf die Fähigkeit zu sprechen überhaupt, sondern mit Einsicht zu sprechen, also auf ein nicht durchaus äußerliches Kennzeichen gestellt ist, machte es, um jede Ungewißheit zu beseitigen, nöthig, die Gränze der Kindheit, die völlig handlungsunfähig machen sollte, nach der Zahl der Jahre genau festzusetzen. Dieß geschah, indem man der alten Lehre folgte, die das Leben der Menschen in siebenjährige Perioden eintheilt,[d]) so daß für die infantia die ersten sieben Lebensjahre angenommen, und alle Personen für infantes erklärt wurden, die noch nicht das siebente Jahr vollendet haben.[e])

---

zwei Drittheilen der sämmtlichen Decurionen nöthig, Beschluß aber ist der Wille der Mehrheit dieser Anwesenden, L. 2. 3 D. de decretis ab ordine fac. (50, 9) L. 19 D. ad munic. (50, 1) L. 16 C. de decur. (10, 31.)

b) L. 5. 40 D. de R. I. (50, 17): furiosi — nulla voluntas est. L. 1 §. 12 D. de O. et A. (44, 7.)

c) L. 32 §. 2 D. de adquir. poss. (41, 2). — nullus sensus est infantis accipiendi possessionem.

d) Censorinus de die nat. 14: in prima hebdomade dentes homini cadere, in secunda pubem apparere, in tertia barbam nasci, in quarta vires, in quinta maturitatem ad stirpem relinquendam, in sexta cupiditatibus temperari, in septima prudentiam linguamque consummari, in octava eadem manere, in nona omnia fieri languidiora, in decima hominem fieri morti maturum.

e) Ulpian. L. 1 §. 2 D. de admin. tut. (26, 7) Modestin. L. 14 D. de sponsal. (23, 1) Arcad. L. 8 C. Th. de bon. mat. (8, 18) Theodos. II L. 18 pr. C. de iure delib. (6, 30) vgl. Quintilian. instit. I. 1. Macrob. somn.

2) Die zweite Voraussetzung der Handlung ist die Richtung des Willens auf etwas, bei dem Rechtsgeschäft insonderheit auf den Zweck desselben, das Rechtsverhältniß, das dadurch hervorgebracht oder modificirt werden soll. Diese Richtung setzt eine Einsicht in die Bedeutung der Handlung, bei Rechtsgeschäften insbesondere in den Zweck und die Mittel, und ihr Verhältniß zu einander, mit einem Wort Verstand voraus. Es giebt Personen, denen dieser Verstand, wenigstens in dem erforderlichen Grad, abgeht, diese sind, soweit ein sicheres und allgemeines Kennzeichen dafür möglich ist, in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt worden. Dahin gehören

a) die Personen, welche über die Kindheit, das Alter der völligen Handlungsunfähigkeit, hinaus, aber noch unmündig sind: impuberes qui fari possunt (impuberes infantia maiores). Bei diesen ist anzunehmen, daß sie noch nicht die hinreichende Einsicht in die rechtliche Bedeutung einer Handlung haben,[f] daher sind sie aller Geschäfte für unfähig erklärt, bei denen jener Mangel einen Nachtheil verursachen kann, also aller, die eine Veräußerung oder eine Verpflichtung von ihrer Seite einschließen, reiner Erwerbsgeschäfte sind sie fähig.[g] Dieser Grundsatz erhält eine Modification durch die Form gewisser Geschäfte, gerichtlicher sind Impuberes unfähig, welches auch ihr Inhalt sein möge, daher sie auch nicht erwerben können durch legis actio, und dieß ist ohne Zweifel auch auf die Mancipation erstreckt worden.[h] Durch die Form schon waren Impuberes auch von der Fähigkeit ein Testament zu machen ausgeschlossen, die Unmöglichkeit dagegen, daß ein Impubes unter Mitwirkung eines Tutors testire, beruht auf dem materiellen Grund,

---

Scip. l. 6: — eodemque anno, id est septimo, plene absolvitur integritas loquendi.

f) Actum rei non intelligunt, L. 5 D. de R. I. (50, 17.) Eius aetatis ut nondum intelligat quid agatur, L. 1 §. 13 D. de O. et A. (44, 7) L. 6 D. rem pupilli (46, 6) L. 9 D. de adquir. her. (29, 2.)

g) §. 9. 10 I. de inut. stip. (3, 19) L. 9 D. de auct. tut. (26, 8) L. 8. 9 D. de adquir. her. (29, 2) L. 11 D. de adquir. dom. (41, 1) L. 32 §. 2 D. de adquir. poss. (41, 2.) In eine allgemeine Regel zusammengefaßt: meliorem quidem suam conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore, pr. I. de auct. (1, 21) L. 28 pr. D. de pact. (2, 14.)

h) Ulp. XI. 27. Daraus erklärt sich der Grund, der in L. 1 §. 3 D. de adquir. poss. (41, 2) für den Besitzerwerb angeführt wird: eam rem facti, *non iuris* esse.

daß bei dieser Handlung schlechterdings eigne, selbstständige Einsicht gefordert wird. Dagegen ist die Unmöglichkeit einer Eheschließung bei den Unmündigen in keiner Rücksicht eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit, es ist die Unfähigkeit, in einer Ehe zu leben, die jene Unfähigkeit, eine Ehe zu schließen, nur zur nothwendigen Folge hat.[l]) — Jener Mangel der Handlungsfähigkeit aber, der die Unmündigen von gewissen Rechtsgeschäften ausschließt, kann dadurch gehoben werden, daß sie unter dem Beistand anderer Personen handeln, deren Verstand die mangelnde Einsicht des Handelnden ersetzt. Das Recht hat jedoch diese Ergänzung der Handlungsfähigkeit an gewisse Voraussetzungen geknüpft. Einmal muß der Beistehende eine dem Unmündigen zu diesem Zweck gesetzlich zugeordnete Person: ein tutor sein, sodann muß seine Mitwirkung in der dafür vorgeschriebenen Form geschehen. Sie besteht darin, daß der Tutor den Unmündigen (seinen Pupillen) in seiner Gegenwart und auf sein mündliches Geheiß handeln läßt. Diese Genehmigung, die bei der Handlung selbst als ein Theil derselben erklärt werden muß, heißt auctoritas tutoris; sie giebt der Handlung des Pupillen dieselbe Kraft, wie sie der eines vollkommen Handlungsfähigen zukommt. Dieses Verfahren ist wohl zu unterscheiden von dem Fall, wenn der Tutor für den Pupillen handelt. Wenn der Tutor auctor wird, handelt der Pupill selbst, die Auctoritas tritt nur als ein Ergänzendes hinzu, sie macht die natürliche Handlung zu einer juristischen.

Das Bisherige gilt von Rechtsgeschäften der Unmündigen. Aber auch unerlaubter Handlungen sind sie nicht fähig, sie werden dadurch weder zur Strafe noch zum Schadenersatz obligirt. Natürlich kann hier von keiner Ergänzung der Handlungsfähigkeit durch Auctoritas die Rede sein, dagegen ist diese Unfähigkeit zu unerlaubten Handlungen selbst enger begränzt. Es ist nicht schlechthin die Unmündigkeit, welche sie begründet, wie bei den Rechtsgeschäften, sondern die damit natürlich verbundene Unfähigkeit eines auf das Unrecht gerichteten Willens. Sowie sich ergiebt, daß ein Unmündiger doli oder culpae capax ist, was bei denen, die prope pubertatem (pubertati proximi) sind, einzutreten pflegt, so ist er auch

l) Daher können sie Sponsalien eingehen; sie sind dieses Verhältnisses fähig, und die Beschränkung der Handlungsfähigkeit erstreckt sich nicht auf diese reinen Familienverhältnisse, L. 14 D. de sponsal. (23, 1.)

für seine unerlaubten Handlungen wie ein Mündiger verantwortlich.[k]) So wie nun hier alles auf die factische Existenz jenes Willens gesetzt ist, so giebt es auch ein Rechtsgeschäft, bei dem wegen seiner factischen Natur eine Modification der oben gegebenen Grundsätze eintritt. Der Besitzerwerb nämlich setzt schlechterdings einen beharrlich auf die Sache gerichteten Willen voraus, der ohne Einsicht in den Werth der Dinge nicht anzunehmen ist. Nun kann jemand über das Alter von sieben Jahren hinaus sein, ohne daß sich ihm noch die selbstständige Fähigkeit jenes Willens zuschreiben läßt; ein solcher infantiae proximus wird für sich allein und ohne fremden Einfluß und Belehrung nicht Besitz erwerben können.[l])

Welche Personen sind impuberes?[m]) Fassen wir zunächst die Punkte ins Auge, für die es bei beiden Geschlechtern gleichmäßig von Interesse war, die Gränze der Pubertät zu bestimmen, das Recht zu testiren und die Ehe, so war es hier weniger darum zu thun, die wirkliche Pubertät nicht zu verfehlen, als eine sichere, jede Ungewißheit möglichst beseitigende Bestimmung zu haben, überdieß eine solche, bei der man sicher war, keinen wirklichen Pubes von der Fähigkeit zu jenen wichtigen Rechten auszuschließen. Es wurde daher die Unmündigkeit bei Mannspersonen bis zum vollendeten vierzehnten, bei Frauenspersonen bis zum vollendeten zwölften Jahr gerechnet,[n]) ohne Zweifel, weil dieß die frühsten unter den Zeitpunkten waren, an welchen die wirkliche Pubertät einzutreten pflegte. Etwas anders stellt sich die Sache in Beziehung auf die Handlungsfähigkeit und die damit in Verbindung stehende Tutel. Es ist eine Beschränkung, unter welcher der Unmündige sich befindet, aber eine für ihn in der Regel wohlthätige, und die ihn von keinem Rechtsgeschäft, welches Interesse für ihn hat, schlechterdings ausschließt, da er jedes mit der Autorität seines Tutors vornehmen kann; ist er aber unter väterlicher Gewalt, und hat also keinen Tutor, so war die Hand-

k) L. 5 §. 2 D. ad L. aquil. (9, 2) L. 4 §. 26 D. de doli exc. (44, 4) L. 23 D. de furt. (47, 2) L. 111 pr. D. de R. I. (50, 17.) Schon die Zwölf Tafeln haben dieß anerkannt, Gell. XI. 18. Plin. hist. nat. 18, 3, wenn sie auch in Beziehung auf die öffentliche Strafe einen Unterschied zwischen Mündigen und Unmündigen machen.

l) L. 1 §. 3 D. de adquir. poss. (41, 2), vgl. §. 10 I. de inut. stip. (3, 19.)

m) Vgl. vornehmlich Savigny, System III §. 109. 110.

n) Gai. II. 113. L. 4 C. qui testam. (6, 22.)

lungsfähigkeit nach älterem Recht nicht sein, sondern des durch ihn erwerbenden Vaters Interesse. Deshalb konnte man sich hier bewogen finden, den Zeitpunkt der vollkommenen Handlungsfähigkeit und der Befreiung von der Tutel nicht zu beschleunigen, ihn vielmehr so zu bestimmen, daß Annahme der rechtlichen Pubertät bei factisch noch unreifen Individuen vermieden wurde. Vielleicht schloß sich das Recht ursprünglich an die Sitte an, welche die Gränze zwischen Unmündigkeit, und Mündigkeit, Knaben- und Jünglingsalter, durch einen feierlichen Act, das Ablegen der Prätexta (Toga mit einem Purpursaum) und Anlegen der toga virilis, bezeichnete, was gewöhnlich im Lauf des funfzehnten Lebensjahrs, nach Umständen auch wohl später geschah. Daher kommt auch in den Rechtsquellen der Ausdruck praetextatus für impubes, vesticeps für pubes vor.[o]) Auf der einen Seite war damit die Entscheidung über die Pubertät nicht unpassend zu einer Familiensache gemacht, auf der andern war für jeden Dritten, der mit einer Person Geschäfte zu schließen hatte, ihre Handlungsfähigkeit durch ihre Kleidung entschieden. Das erste indessen wurde später bedenklich gefunden, dem Tutor war damit bei der Entscheidung über die Endigung seines Amts allzuviel eingeräumt, ohne Zweifel kamen Fälle vor, wo Tutoren jenen Wechsel der Kleidung verzögerten, um sich länger in der Verwaltung der Güter zu erhalten und die Rechnungsablage hinauszuschieben. So kam man zu der Ansicht, daß die Entscheidung über die Pubertät, wenn ein Streit darüber entstehe, Sache des Gerichts und einer von diesem anzuordnenden körperlichen Untersuchung sei, nur mit der Beschränkung, daß die Pubertät nie vor dem vollendeten vierzehnten Jahr angenommen werden sollte. Diese Ansicht hielten noch in der dritten Periode die Sabinianer fest, die Proculianer dagegen giengen einen Schritt weiter, sie verwarfen die Bestimmung der Pubertät nach dem habitus corporis, als ein schwankendes und, sowie man einmal über die Entscheidung in der Familie hinausgegangen war, unschickliches Mittel, und setzten die Pubertät hier, wie bei Testament und Ehe, auf das zurückgelegte vierzehnte Jahr.[p]) Die Ansicht der Proculianer wurde die herrschende, und sie ist auch im justinianischen Recht recipirt. Alles dieß gilt übrigens nur von Manns-

o) L. 3 §. 6 D. de lib. exhib. (43, 30) Gell. V. 19.
p) Ulpian. XI. 28. Gai. I. 196 pr. I. quib. mod. tut. (1, 22.)

personen. Bei Frauen hätte die Ablegung der Prätexta nicht entscheiden können, denn sie trugen sie bis zur Verheirathung, auch konnte niemandem einfallen, sie einer Untersuchung des habitus corporis zu unterwerfen. Aber die Mündigkeitsfrage kam im älteren Recht überhaupt bei ihnen in dieser Rücksicht nicht vor. Die Tutel über sie endigte sich nicht mit der Mündigkeit, denn sie waren ihr vermöge ihres Geschlechts unterworfen,[q]) und eben so absorbirte die Beschränkung, der ihre Handlungsfähigkeit des Geschlechts wegen unterlag (s. nachher), die wegen Unmündigkeit.[r]) Als später die Frauen in dieser Rücksicht den Männern gleichgestellt wurden, war jener Termin der Pubertät bei den letzteren längst entschieden, und für die Frauen wurde auch in Beziehung auf Handlungsfähigkeit und Tutel, wie Testament und Ehe, das zwölfte Lebensjahr als die Gränze der Unmündigkeit angenommen.

b) Frauenspersonen sind nach älterem Recht ohne Unterschied des Alters in der Handlungsfähigkeit beschränkt.[s]) Sie sind unfähig sich zu verpflichten und eine res mancipi zu veräußern, sowie das Patronatrecht, das sie haben, aufzugeben. Von manchen Handlungen sind sie überdieß (wie die Unmündigen) schon durch die Form derselben, abgesehen von ihrem Inhalt, ausgeschlossen: sie können keine legis actio vornehmen (daher keine in iure cessio), in keinem legitimum iudicium (§. 159) auftreten, überhaupt kein civile negotium, d. h. kein Geschäft schließen, für welches das Ius civile eine ihm eigenthümliche Form festgesetzt hat.[t]) Aber auch ihnen ist in der Tutel die Möglichkeit eröffnet, alle diese Handlungen tutore auctore wirksam vorzunehmen. In der vierten Periode hat diese Beschränkung der Handlungsfähigkeit um des Geschlechts willen, mit der tutela mulierum, zuerst an Umfang verloren und endlich ganz

---

q) Gai. I. 145.

r) Jene ist allerdings der letzteren nicht ganz gleich, es giebt einige Handlungen, die eine Frau, aber nicht ein Unmündiger gültig vornehmen konnte (Note t), aber dieser kleine Unterschied wird durch den Umstand aufgewogen, daß Frauenspersonen jüngeren Alters überhaupt weniger in dem Fall sind, dergleichen Handlungen vorzunehmen.

s) Ulpian. XI. 27. (cf. Schulting ad h. l.) Gai. I. 192. Fragm. vat. §. 45. Cic. pro Caec. 25.

t) Ulpian stellt Impuberes und Mulieres einander gleich, nur mit Ausnahme der Veräußerung einer res nec mancipi, welche den letzteren ohne Autorität des Tutors möglich ist, wofern sie nur nicht in einer Form geschieht, welche ihnen versagt ist (Fragm. vat. l. c.).

aufgehört. Die Frauenspersonen sind noch im neusten Recht, wie im älteren, von manchen rechtlichen Verhältnissen und Stellungen ausgeschlossen, diese Ausschließung ist aber keine bloße Beschränkung der Handlungsfähigkeit.

c) Die theilweise Handlungsunfähigkeit der Unmündigen und Frauen gründet sich auf den Mangel hinreichenden juristischen Verstandes, der bei diesen Personen vorausgesetzt wird. Derselbe Mangel kann auch unabhängig von Alter und Geschlecht eintreten, in der Regel aber wird es an einem sicheren Kennzeichen fehlen, welches einen die Handlungsfähigkeit beschränkenden Rechtssatz rechtfertigen könnte. Dieß hat eine Ausnahme. Personen, welche durch Verschwendung einen Mangel an Einsicht in die Bestimmung und den Werth der Güter darlegen, werden gleich Unmündigen behandelt. Doch setzt dieß voraus, daß sie von der Obrigkeit als prodigi erklärt werden, erst durch dieses Decret wird ihnen die Handlungsfähigkeit entzogen.[u]) Sie werden in Beziehung auf die Cura, der sie unterworfen sind, mit den Wahnsinnigen zusammengestellt; hinsichtlich der Handlungsfähigkeit werden sie den Impuberes gleich behandelt, nur daß ihnen, da sie keine Tutoren haben, die Möglichkeit mit Auctoritas zu handeln verschlossen ist. Der Prodigus kann an keinem Rechtsgeschäft des Jus civile Theil nehmen (die Ausübung des Commerciums ist ihm untersagt),[v]) sodann kann er sich nicht verpflichten,[w]) und nichts veräußern: er soll, da ihm bonis interdicitur, gewissermaßen wie ohne Vermögen behandelt werden.[x])

---

u) Die Formel giebt Paulus III. 4a, 7 (vgl. Hänel, var. script.): — Quando tibi relicta bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. Von diesen letzten Worten wird bald der Ausdruck: bonis („ea re") bald: commercio ei interdictum est, gebraucht.

v) Daher kein Testament errichten, oder als Zeuge dabei auftreten, Ulp. XX. 13. Paul. III. 4a, 12. Diese Unfähigkeit ist geblieben, als späterhin jener erste Theil der Beschränkung mit den solennen Rechtsgeschäften, auf die er sich bezog, außer Anwendung kam.

w) L. 6 D. de V. O. (45, 1) L. 9 §. 7 D. de reb. cred. (12, 1): — puto pupillo eum comparandum —. Die Möglichkeit, eine Erbschaft anzutreten, hat man bei ihm, ungeachtet der wesentlich damit zusammenhängenden Verpflichtung, angenommen, L. 5 §. 1 D. de adqu. her. (29, 2), ohne Zweifel, weil ihm sonst diese Erwerbsquelle (zum Nachtheil seiner Familie) gänzlich entzogen worden wäre, da bei ihm eine Ergänzung der Handlungsfähigkeit durch Auctoritas nicht möglich ist.

x) L. 10 pr. D. de cur. fur. (27, 10.)

Die Beschränkung des Prodigus wird auch so ausgedrückt: interdicitur ei bonorum suorum administratio.[y] Es giebt aber Personen, welche die Administration ihres Vermögens ebenfalls nicht haben, ohne daß sie ihnen ausdrücklich untersagt wäre, wo dieß vielmehr lediglich eine Folge davon ist, daß diese Administration einem Andern gegeben wird. So die puberes minores xxv annis, wenn sie Curatoren erhalten. Von diesen kann man nicht sagen, sie seien in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt,[z] sie sind mit Curatoren so handlungsfähig als ohne dieselben, durch ihre Stellung unter einen Curator wird ihnen die Fähigkeit zu keiner Handlung entzogen, nur die Entscheidung, ob eine Handlung, die unter die Administration gehört, vorgenommen werden soll, fällt dem Curator zu, und aus diesem Grund ist eine solche Handlung ohne den (vorhergehenden oder nachfolgenden) Consens des Curators ungültig.[aa] Auch diese

---

y) L. 1 pr. eod.

z) Der Gegensatz läßt sich so ausdrücken: der Prodigus erhält einen Curator, weil ihm die Administration untersagt ist, der Minderjährige verliert die Administration, weil er einen Curator erhalten hat.

aa) Daß Veräußerungen dahin gehören, ist unbestritten, L. 3 C. de in integr. rest. min. (2, 22), wo der minor curatorem habens bei dieser Gelegenheit mit dem prodigus verglichen wird, beide haben nicht die Administration. Aus diesem Grund muß aber auch dasselbe gelten von Verpflichtungsgeschäften, die ja auch dem Prodigus nur deswegen entzogen sind, weil ihm die Administration untersagt ist. Der Unterschied ist nur, daß der Prodigus ihrer schlechtweg unfähig ist, der Minderjährige nicht, aber der mangelnde Consens des Curators bringt bei dem letzteren dasselbe Resultat der Ungültigkeit hervor. Da die Verpflichtung unter die Administration fällt, so ist sie an den Consens gebunden. Dieß wird durch folgende Entscheidungen unserer Quellen bestätigt: 1) der Consens ist nothwendig zum Antritt einer Erbschaft, L. 26 C. de admin. tut. (5, 37), aus keinem andern Grund, als weil dieses Rechtsgeschäft zugleich ein verpflichtendes ist, und dieser Grund wird auch für die Unfähigkeit der Pupillen, eine Erbschaft ohne Autorität des Tutors anzutreten, angeführt, L. 8 pr. D. de adquir. her. (29, 2); 2) zur Führung von Processen, L. 2 C. qui legit. pers (3, 6), aus demselben Grund; 3) promissio dotis, L. 60. 61 D. de iure dot. (23, 3.) Alles dessen ungeachtet haben mehrere Schriftsteller behauptet, der Minderjährige könne durch Vertrag sich gültig verpflichten ohne Consens seines Curators (Marezoll, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. II. 12, Savigny, von dem Schutz der Minderjährigen, 1833 S. 32 ff. Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. X S. 287 f. Rudorff, Recht der Vormundschaft, II S. 284 ff.). Diese Meinung gründet sich auf eine Stelle Modestin's: L. 101 de V. O. (45, 1): puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari, die nur ihre Handlungsfähigkeit im Gegensatz gegen die impuberes bezeugt. Diese letzteren können ohne ihre Tutoren nicht obligirt werden, während die Minderjährigen in der That durch eine Stipulation ohne ihre Curatoren obligirt werden können.

Ungültigkeit ist auf das Erforderniß der Rechtsgeschäfte, bei dem wir stehen: Richtung des Willens auf den Zweck derselben, zurückzuführen. In diesem Erforderniß liegt nämlich außer der Einsicht, von der bisher die Rede war, auch die Möglichkeit einer Disposition über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts. Diese Dispositionsbefugniß nun ist geschmälert durch den Verlust der Administration, welchen die Bevormundung zur Folge hat.

3) Die Aeußerung des Willens, die bei Rechtsgeschäften wie bei allen juristischen Handlungen gefordert wird, besteht bei jenen ihrem Begriff gemäß wesentlich in einer Erklärung des Willens. Was sonst noch an äußerer Thätigkeit hinzukommt, z. B. die körperliche Einwirkung auf einen Gegenstand, ist entweder nur eine besondere Form der Erklärung (z. B. das Ergreifen der Sache bei der Mancipation), oder wenn es zugleich einen selbstständigen Zweck hat (wie die Apprehension beim Besitzerwerb), so ist es doch nicht diese Seite der Handlung, wodurch sie ein Rechtsgeschäft ist. Die Art und Weise der Willenserklärung bildet die Form des Rechtsgeschäfts. Wenn keine besondere Form vorgeschrieben ist, so sind die Mittel der Erklärung willkührlich, nur müssen sie dem Willen entsprechen und ihn erkennbar machen; unter dieser Voraussetzung kann die Erklärung entweder eine ausdrückliche sein, d. h. den Willen durch Worte oder andere Zeichen, welche als directe Gedankenäußerungen gelten, unmittelbar zu erkennen geben, oder eine stillschweigende, d. h. in Handlungen bestehen, die den fraglichen Willen voraussetzen, so daß

---

da der Consens nicht zur Stipulation selbst gehört, daher auch nachfolgen kann. Dieß wird klar, wenn wir den Satz negativ denken: non possunt, in welchem Fall er die falsche Behauptung enthalten würde: die Curatoren müßten bei der Stipulation zugegen sein. Ein Fall wird dieß erläutern: Eine minderjährige Frau will eine Dos bestellen: versprechen (Verpflichtung) oder geben (Veräußerung). Sie hat einen Curator, außerdem ist sie als Frau in Beziehung auf jene Geschäfte handlungsunfähig. Nun muß der Curator consentiren, aber dieß reicht nicht aus, der Tutor muß bei dem Geschäft auctor werden, die Gegenwart des Curators ist gleichgültig, sie kann aber auch die des Tutors nicht ersetzen. So entscheidet Paulus Fragm. vat. §. 110: P. respondit, etiam post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse, sed non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore. Paulus setzt, wie Modestinus, den Consens des Curators, auf den es ihm hier nicht ankam, stillschweigend voraus. Wäre die Nothwendigkeit dieses Consenses nicht sonst außer Zweifel (s. die vorhin unter 3 cit. St.), so könnte man sie mit demselben Recht hier läugnen, wie man es bei der parallelen Stelle des Modestinus gethan hat.

derselbe sich daraus erschließen läßt.[bb]) Es kann aber auch eine bestimmte Form durch das Recht vorgeschrieben, und dadurch die Weise der Erklärung in so weit der Willkühr der Handelnden entzogen sein, z. B. der Gebrauch von Worten oder sogar gewisser Worte, in denen der Wille erklärt werden muß, die Mitwirkung einer obrigkeitlichen Person, die Gegenwart von Zeugen u. s. f. Solche Rechtsgeschäfte werden solenne genannt. — Auch durch die Form können manche Personen ausgeschlossen sein, so sind es Stumme von den Handlungen, die mit Sprechen verbunden sind, Peregrinen von civilrechtlichen Formen.

So wenig der Wille ohne Erklärung zu einem Rechtsgeschäft hinreicht, eben so wenig eine Erklärung, welcher der Wille nicht entspricht. Der Widerspruch zwischen Willen und Erklärung kann absichtlich sein, so daß der Handelnde mit Bewußtsein etwas anderes will, etwas anderes erklärt, z. B. wenn er einer Schenkung, die er beabsichtigt, den Schein eines Verkaufs giebt. Eine solche Willenserklärung heißt eine simulirte, das simulirte Rechtsgeschäft hat keine Wirkung.[cc]) Dieselbe Folge hat aber auch eine willkührliche Mangelhaftigkeit der Erklärung, wenn sie denselben Grad erreicht, daß etwas anderes gesagt worden ist, als man gewollt hat; es ist ein Wille ohne Erklärung und eine Erklärung ohne Willen, weder das eine noch das andere ist ein Rechtsgeschäft.[dd]) Ist dagegen die Erklärung nur zweideutig (ambiguus sermo), so kommt es darauf an,

---

bb) Nicht jede ausdrückliche Erklärung ist eine wörtliche, z. B. der mit dem Kopf Nickende bejaht ausdrücklich, und nicht jede wörtliche ist eine ausdrückliche, denn auch Worte können zu den bloß „concludenten Handlungen" (wie man die Mittel der stillschweigenden Erklärung nennt) gehören, s. z. B. L. 17 §. 1 D. de adquir. her. (29, 2.)

cc) Cod. IV. 22. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. Ob das Motiv, welches der Simulation zu Grunde liegt, ein tadelnswerthes ist (z. B. rechtswidrige Täuschung eines Andern) oder nicht, ist in jener Beziehung gleichgültig. Das letzte ist z. B. der Fall, wenn der äußere Schein eines gewissen Rechtsgeschäfts nur gewählt ist, um eine solennere Form für das wirklich beabsichtigte Geschäft zu haben. So bestand die Mancipationsform in einer imaginaria venditio (nummo uno), und die Nachahmung derselben pflegte man bei der Uebertragung (z. B. durch Schenkung) solcher Sachen, bei denen die Mancipation zulässig war, z. B. Provincialgrundstücken, ebenfalls eine venditio nummo uno vorzunehmen, vgl. Lex thoria Z. 49.

dd) L. 3 D. de rebus dub. (34, 5): — qui aliud dicit quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.

ob sich ermitteln läßt, welche Bedeutung dem Willen entspricht; in diesem Fall ist der Wille wirklich erklärt,[ee]) im entgegengesetzten fehlt es an einem erkennbaren Willen, ohne den kein Rechtsgeschäft gedacht werden kann.

CCIII. Wir haben Willen und Entschluß auf der einen, und Aeußerung des Willens, die gleichsam den Körper des Rechtsgeschäfts bildet, auf der andern Seite unterschieden. Hier entsteht die Frage, ob beides unter verschiedene Personen vertheilt vorkommen kann, so daß ein Anderer den Willen hat, der sich in dem Rechtsgeschäft verkörpern soll, also erwerben, veräußern, sich verpflichten, überhaupt über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts disponiren will, ein Anderer aber diesen Willen ausführt, also die Handlung, in der jener Wille seine rechtliche Wirksamkeit erhält, vornimmt. Die Frage läßt sich von Seiten des Ersten so ausdrücken: kann man durch einen Andern, einen Stellvertreter, handeln? von Seiten des Repräsentanten: kann man für einen Andern, in seinem Namen, handeln, und dadurch denselben Erfolg hervorbringen, wie wenn jener selbst gehandelt hätte?

Die Regel ist: wer durch eine Handlung in ein gewisses Rechtsverhältniß gesetzt werden soll, muß diese Handlung selbst vornehmen, Handlungen durch Stellvertreter sind unzulässig. Diese Regel ist eine natürliche, und unter einfachen Verhältnissen, so lange sie dem Verkehr nicht allzugroße Beschränkungen auferlegt, heilsam, da sie die Sicherheit des Rechts begünstigt. Soweit es sich um übertragbare Rechtsverhältnisse handelt, schließt sie die Intervention einer andern Person nicht aus. Wenn ich auch z. B. nicht jemanden bevollmächtigen kann, daß er für mich von Titius eine Sache sich mancipiren lasse, so kann er doch selbst von Titius das Eigenthum erwerben, und mir sodann durch eine zweite Mancipation übertragen.

Die Regel hat aber sofort eine Modification durch den Satz erlitten, daß wir durch die Personen, die in unserer potestas, manus oder mancipium stehen, erwerben; die Natur dieser Gewalten bringt es mit sich, daß die Erwerbshandlungen des Unterworfenen, der keines eigenen Vermögens fähig ist, so beurtheilt werden, als wenn

---

ee) In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus — L. 3 cit

sie der Gewalthaber vorgenommen hätte.[a]) Also bleibt die Regel in ihrem vollen Umfang nur in Beziehung auf freie Repräsentanten stehen: für Erwerb sowohl: per extraneam personam (eine unserer Gewalt nicht unterworfene) nil adquiri,[b]) als für Verpflichtung.

Auch hier machte sich das Bedürfniß von Ausnahmen geltend. Mit der Ausdehnung des juristischen Geschäftsverkehrs der wohlhabenden Bürger über einen großen Theil der bekannten Welt, und den vermehrten Veranlassungen zeitiger Entfernung von dem Mittelpunkt ihrer Geschäfte konnte die alte Beschränkung nicht mehr festgehalten werden. Vor allem wurde die Zulassung von Stellvertretern im Proceß nothwendig, um auch dem Entfernten oder gegen Entfernte Klagen bei dem römischen Prätor möglich zu machen; dieß geschah theils durch den Umweg, daß der Stellvertreter die Rechte erwarb und die Verbindlichkeiten auf sich nahm, um sich dann mit seinem Auftraggeber auseinanderzusetzen, theils auch so, daß dieser direct durch die Proceßführung seines Repräsentanten berechtigt und verpflichtet wurde, also eine vollkommene Ausnahme von jener Regel eintrat (§. 156). Mit dieser Zulassung von Procuratoren und Cognitoren im Proceß hatte man auch die Möglichkeit gewonnen, Contracte durch Andere schließen zu lassen. Der Procurator wurde dadurch Gläubiger oder Schuldner, aber der Dominus erhielt von ihm die Forderung oder trat in die Schuld ein, indem der Procurator (als eigentlicher Gläubiger oder Schuldner) ihn zum cognitor oder procurator für eigene Rechnung (in rem suam) machte, nöthigenfalls behandelte ihn der Prätor ipso iure so, indem er ihm oder gegen ihn utiles actiones gab.[c]) So war der Grundsatz nicht gebrochen, daß er nur Gläubiger oder Schuldner wird, welcher den Contract geschlossen hat, dessen Beseitigung gerade bei den Obligationen sehr mißlich gewesen wäre, und doch war das Resultat, um das es sich handelte, Contracte für unsere Rechnung durch Andere

---

a) Gai. II. 86. Nur giebt es freilich Handlungen, von denen diese Unterworfenen schlechterdings ausgeschlossen sind. So können sie dem Gewalthaber nicht durch legis actio etwas erwerben, wenn z. B. durch in iure cessio übertragen werden soll, der muß die Vindicationsworte sprechen, worin er sich das Recht zuschreibt (§. 161), was ein nothwendig Vermögensloser nicht thun kann, Gai. II. 96.

b) Gai. II. 95.

c) Näher wird von diesem Verhältniß bei den Obligationen gehandelt werden.

abschließen zu lassen, praktisch erreicht.[d] Auch Verpflichtungen des Gewalthabers durch die Unterworfenen anerkannte der Prätor in gewissen Fällen, der Erwerb dagegen von Forderungen folgt hier schon aus der Natur der Gewalt (s. oben).

Bei der Erwerbung anderer Vermögensrechte außer den Obligationen konnte man noch einen Schritt weiter gehen, man konnte einen directen Erwerb durch die Handlung des Procurators, ohne daß das Recht durch diesen hindurchgeht, also mit der ganzen Wirkung, wie wenn der Mandant die Erwerbshandlung vorgenommen hätte, und somit eine volle Ausnahme von der Regel: per extraneam personam nil adquiri, zulassen. Aber die Römer waren weit entfernt, die Regel, deren Vortheile sie nicht verkannten, ohne Noth aufzugeben oder durch eine unbeschränkte Zahl von Ausnahmen zu untergraben. Bei gewissen Erwerbsarten war ihnen eine Befreiung von der Regel ohnedieß undenkbar, wie bei der in iure cessio (legis actio); sie fanden eben so wenig Veranlassung, von ihr bei andern solennen Acten des Jus civile abzugehen. Dagegen lag es nahe, anzunehmen, daß man sich durch die Thätigkeit eines Andern in den Besitz setzen könne, da es ja von jeher ausgemacht war, daß man einen erworbenen Besitz durch Hülfe Anderer, die ihn für uns manuteniren, fortsetze. Nahm man aber die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch freie Mittelspersonen an, so folgte daraus die des Eigenthums- und sonstigen Rechtserwerbs in allen den Fällen, wo dieser eine Folge des Besitzerwerbs (namentlich durch Tradition) ist, und damit hatte man in der That, mittelst dieser einzigen Ausnahme von der Regel, dem dringenden Bedürfniß einer Möglichkeit, durch Procuratoren Erwerbungen zu machen, entsprochen.[e] Es dauerte indessen längere Zeit, bis diese Ausnahme allgemein ange-

---

d) Der Grundsatz wird ausgesprochen in L. 11 D. de O. et A. (44, 7): Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant (wenn wir nicht zunächst Gläubiger oder Schuldner durch den von uns geschlossenen Contract werden), inanem actum nostrum efficiunt, ut ideo neque stipulari, neque emere vendere, contrahere (auf die Beschaffenheit des Contracts kommt nichts an), ut alter suo nomine (im Gegensatz zu einem procurator in rem suam) recte agat, possumus. Das recte hat vielleicht die Bedeutung von directe, und ist im Gegensatz zu den utiles actiones (s. vorhin) gesagt.

e) Auch die Möglichkeit einer vollkommen wirksamen Zahlung an den Procurator des Gläubigers hatte man damit erlangt. Anders bei der formellen solutio per aes et libram.

nommen wurde, indem es noch am Anfang der dritten Periode Juristen gab, die den directen Erwerb des Besitzes durch einen Procurator verwarfen, und eine doppelte Uebertragung: an den Procurator und von diesem an den Dominus forderten.[f]) Bezweifelten diese ja sogar den Besitzerwerb durch die Personen, die in unserer Manus oder Mancipium sind, und ließen ihn nur durch Sclaven zu, insofern der Herr sie besitzt, so daß lediglich der Besitz des Sclaven auch den Besitz durch ihn nach sich ziehen sollte.[g]) Sie mochten auch durch die Sclaven das Bedürfniß für hinlänglich gedeckt halten. Es hat daher nichts auffallendes, wenn noch Gaius dieser Frage als einer bestrittenen gedenkt.[h]) Doch war schon damals die Ausnahme als herrschende Ansicht zu betrachten, sie kommt bei Labeo (wenn auch nicht in ihrem wahren Gewand) vor, Javolenus bekräftigte sie,[i]) Neratius (unter Trajan) sagt: per procuratorem possessionem adipisci nos *iam fere convenit*,[k]) sie wurde durch die Principes bestätigt,[l]) und so gab es bald keinen Juristen mehr, der sie noch bezweifelt hätte. Die Theorie über den Erwerb durch freie Repräsentanten ist daher nun folgende: durch die Handlungen anderer unserer Gewalt nicht unterworfener Personen erwarben wir (direct) nichts außer dem Besitz.[m]) Denselben Satz drückt Modestinus durch die nur scheinbar allgemeineren Kategorien aus: der civile Erwerb kann nur durch unfreie, der naturale auch durch freie

---

f) Die Lex agr. v. 69 vgl. v. 5 (Kap. 33 bei Rudorff, Zeitschrift X. S. 178, vgl. dazu die Verbesserung von Huschke in den krit. Jahrbb. für D. Rechtswiss. 1841 S. 610, C. 1 L. p. 83. 84) konnte die Uebergabe zugetheilter Grundstücke an Procuratoren zur Erleichterung des Geschäfts anordnen, ohne daß daraus eine allgemeine Anerkennung jener Ausnahme folgt.

g) Gai. II. 90: Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, qui in potestate nostra sunt; an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus.

h) Gai. II. 95, eine Stelle, die allerdings lückenhaft ist, aus der aber (verglichen mit den Institutionen Justinian's) das im Text Bemerkte mit Entschiedenheit hervorgeht.

i) L. 51 D. de adqu. poss. (41, 2.)

k) L. 41 D. de usurp. (41, 3.)

l) Severus und Antoninus, L. 1 C. de adqu. poss. (7, 32), beziehen sich darauf als auf einen unzweifelhaften Satz: Iam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est (Savigny, Recht des Besitzes S. 363).

m) Wörtlich sagen dieß Paul. V. 3, 2. Diocletian. L. 1 C. per quas pers. (4, 27) §. 5 I. Per quas pers. (2, 9.)

Repräsentanten geschehen; von allen naturales adquisitiones ist es nur die des Besitzes (Tradition, Occupation), wobei überall von Stellvertretern die Rede sein kann.[n])

Es ist bisher von der Vertretung in der Ausführung des Willens die Rede gewesen, der Wille des Erwerbers selbst wurde dabei immer vorausgesetzt.[o]) Bei gewissen Personen ist es aber zu einer Repräsentation gekommen, die sich auf den Willen erstreckt. So bei den juristischen, wovon schon oben die Rede war (§. 203 a. A.). Dasselbe ist angenommen bei den Bevormundeten. Diese Art der Vertretung liegt in der Administration, die dem Vormund übertragen ist, natürlich unabhängig von dem Willen des Mündels, dessen factische Untüchtigkeit zu diesem Beruf eben die Veranlassung jener Maßregel ist. Der Vormund kann für den Mündel ohne dessen Willen erwerben und ihn verpflichten, das Amt des Vor-

---

n) L. 53 D. de adqu. dom. (41, 1): Ea quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. Es ergiebt sich schon aus der Ausdrucksweise, daß der Besitz nicht bloß ein Beispiel, sondern der einzige Fall war, was denn auch durch alle andern Quellen bestätigt wird. Das Beispiel für den ersten Satz dagegen: veluti stipulationem rührt ganz gewiß von den Compilatoren her die es der von Modestin sicher erwähnten Mancipation substituirten, da von allen civilen Eigenthumserwerbsarten, die noch im justinianischen Recht gelten, keine paßte. Diese Verlegenheit ist dem Beispiel anzusehen, das zwar einen Fall des Erwerbs durch Unterworfene enthält, aber in diesem Zusammenhang ganz ungeschickt ist, denn erstens ist nicht einmal jede Stipulation iuris civilis, zweitens steht sie mit dem Gegensatz, der Possessio, gar nicht auf gleicher Linie. Savigny (System III §. 113) will aus diesem Beispiel: velut stipulationem, für das justinianische Recht wenigstens, die Lehre ziehen, durch einen contractus iuris gentium, z. B. Kauf, den ein Procurator schließe, könne man direct Gläubiger werden (man müßte sagen auch durch Stipulation, wo sie iuris gentium ist); durch dieses fast unmerkliche Einschiebsel wären so ausführliche und bestimmte Stellen wie die in Note d und m enthaltenen für Antiquitäten erklärt. Ich halte dieß schon an sich für unwahrscheinlich, noch mehr aber bei der Beschaffenheit eben jenes Beispiels, das die Verlegenheit seines Urhebers an der Stirne trägt. (Vgl. jedoch in Betreff des Beispiels velut stipulationem für ex stipulatu obligationem L. 15 §. 3 D. de castr. pec. (49, 17), L. 7 pr. D. de auct. tut. (26, 8), L. 18 pr. §. 3 D. de stip. serv. (45, 3), L. 25 §. 2 D. de usufr. (7, 1), Savigny, Obl. Recht II S. 43 f. Uebrigens spricht die Stelle Note d nicht von Stellvertretung, sondern Erwerb einer Forderung für den Dritten, welcher auch ohne Stellvertretung unmöglich ist. R.)

o) Nur bei der Erwerbung von Rechten durch die Unterworfenen kommt es der Regel nach auf den Willen des Gewalthabers nicht an, weil sie aus der Natur der Gewalt selbst folgt.

mundes und die darin liegende Vollmacht tritt an die Stelle des Auftrags. Die Repräsentation ist aber in dieselben Gränzen eingeschlossen, wie die der freien Stellvertreter überhaupt, und sie hat sich wie diese nur allmählich entwickelt.

CCIV. Der Inhalt eines Rechtsgeschäfts wird zum Theil durch seine rechtliche Natur selbst gegeben; in so weit ist er von der Willkühr der Handelnden unabhängig, eine Veränderung desselben würde zur Folge haben, daß das Geschäft entweder nichtig wäre, oder wenigstens in ein anderes übergienge. Man nennt dieß die wesentlichen Bestandtheile eines Rechtsgeschäfts (essentialia negotii), ein solcher ist z. B. bei der Eigenthumsübertragung durch Tradition die Ueberlieferung des juristischen Besitzes, der Vorbehalt dieses durch den Tradenten und die Beschränkung des Empfängers auf den natürlichen Besitz würde dem Act jene Bedeutung nehmen. Neben diesen wesentlichen kann das Rechtsgeschäft aber solche Bestandtheile enthalten, die von dem Belieben der Handelnden abhängen, sie beruhen auf ihrem Willen und können fehlen, ohne daß der Charakter des Rechtsgeschäfts verändert wird. Dieser außerwesentliche Inhalt eines Rechtsgeschäfts ist von doppelter Art. Es giebt Bestimmungen, die bei gewissen Geschäften im allgemeinen und abgesehen von besonderen Umständen als billig und zweckmäßig erscheinen, so sehr, daß sie im Zweifel als Wille der Handelnden angenommen werden müssen, wenn auch die Möglichkeit des Gegentheils nicht ausgeschlossen wird. Sie hängen von dem Willen der Handelnden ab, und können daher beseitigt, aber sie brauchen nicht besonders festgesetzt zu werden, da man jenen auf sie gerichteten Willen vermuthet. Man hat sie die natürlichen Bestandtheile (naturalia negotii) genannt, ein solcher ist z. B. bei der Tradition in Folge eines Kaufs, daß das Eigenthum nicht übergeht, bis der Verkäufer wegen des Kaufpreises befriedigt ist. Alle andern Bestandtheile, die rein auf den wirklich erklärten Willen der Handelnden gestellt sind, so daß sie nicht einmal vermuthet werden, heißen zufällige (accidentalia negotii), ein solcher ist z. B. stets die Abänderung eines naturale.

Die Bestimmungen, die in einem Rechtsgeschäft gemacht werden, sind theils Haupt-, theils Nebenbestimmungen. Jene sind die, deren Inhalt der Zweck des Rechtsgeschäfts selbst ist, z. B. die Erklärung des Willens, Eigenthum zu erwerben, ein Recht zu übertragen, eine

Forderung zu erhalten, eine Verbindlichkeit zu übernehmen; Nebenbestimmungen, die den Hauptinhalt modificiren, ihn zu beschränken, zu erweitern, zu sichern bestimmt sind. Das Wort conditio, Bedingung, begreift zuweilen alle diese Nebenbestimmungen,[a]) ja auch wohl alle Fortsetzungen, die bei einem Geschäft auf dem Willen der Handelnden beruhen.[b]) In einem engeren Sinn heißen Bedingungen nur die Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts oder eines Bestandtheils desselben, von denen sein Dasein abhängig ist. Dadurch sind unter andern zwei Arten von Nebenbestimmungen von dem Begriff der Bedingungen ausgeschlossen: dies und modus. Ein dies oder Zeitbestimmung trifft nicht die Existenz, sondern nur die Wirksamkeit des Geschäfts, die dadurch beschränkt wird, indem sie entweder erst von einem gewissen Zeitpunkt an beginnen, oder mit demselben aufhören soll. So wenn jemand etwas versprochen hat auf einen gewissen Tag, in diem, besteht die Forderung schon jetzt, er ist schon Schuldner, aber er kann vor jenem Tage nicht belangt werden. Diesen Unterschied zwischen Existenz und Wirksamkeit bei Forderungen bezeichnen die Römer mit den Ausdrücken diem cedere und diem venire.[c]) So auch wenn jemand mit einem Endtermin, ad diem, verpflichtet werden soll, wird die obligatio durch das Erscheinen dieses Zeitpunkts eigentlich nicht aufgehoben, aber sie verliert ihre Wirksamkeit, der Schuldner wird gegen die spätere Klage geschützt.[d]) Eben so wenig berührt ein modus, Zweckbestimmung, die Existenz des Geschäfts; es ist die Nebenbestimmung, wodurch der Empfänger verpflichtet wird, das Empfangene zu einem gewissen Zweck anzuwenden.[e])

Voraussetzungen der Existenz eines Rechtsgeschäfts oder seines Inhalts können durch die rechtliche Natur desselben gegeben sein,

---

a) Z. B. L. 10 §. 1 D. de lege rhod. (14, 2.)

b) Z. B. L. 1 sqq. D. de in diem add. (18, 2.)

c) L. 213 pr. D. de V. S. (50, 16): Cedere diem significat incipere deberi pecuniam, venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies, ubi in diem, cessit dies sed nondum venit, ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione.

d) L. 45 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), L. 56 §. 4 D. de V. O. (45, 1.)

e) L. 17 §. 4 D. de condit. (35, 1): Quod si cui in hoc legatum sit, *ut ex eo aliquid faceret*, veluti monumentum testatori, vel ex eo, ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur.

iuris conditiones, conditiones quae tacite insunt, wie z. B. das Versprechen einer Dos die Schließung der Ehe voraussetzt, oder sie können in dem Willen der Handelnden ihren Ursprung haben, facti conditiones. Bloß die letzteren sind wahre Bedingungen.[f] Nur das ist Bedingung, was die Handelnden als solche festgestellt haben.[g]) Eine solche Bedingung kann nun einen vergangenen, einen gegenwärtigen, oder einen künftigen Umstand voraussetzen.[h]) Aber eine wahre Bedingung muß die Existenz dessen, was davon abhängig gemacht wird, ins Unentschiedene stellen, dieß ist nur bei einem künftigen Umstand der Fall, bei einem vergangenen oder gegenwärtigen ist die Entscheidung schon eingetreten, wenn auch vielleicht noch unbekannt,[i]) aus demselben Grund muß der Umstand ein ungewisser sein.[k]) Aus allem diesem ergiebt sich folgender Begriff der wahren Bedingung: sie ist die Voraussetzung eines künftigen ungewissen Umstands, von welchem der Wille der Handelnden die Existenz des Rechtsgeschäfts oder seines Inhalts ganz oder theilweise abhängig macht.[l])

Der Umstand, der zur Bedingung gemacht ist, kann ein Geschehen oder Nichtgeschehen von etwas sein: die Bedingungen sind entweder positive oder negative. Ferner kann er ein rein zufälliges Ereigniß sein, sei es, daß er überhaupt nicht vom menschlichen Willen, oder wenigstens nicht von dem der Person, welcher die Bedingung gestellt ist, abhängt: ut quid obtingat oder non obtingat (Casualbedingung), oder er kann von dem Willen dieser Person abhängen: ut quid detur, ut quid fiat, oder ne detur, ne fiat. Hier kann wieder die Erfüllung der Bedingung rein auf den Willen dieser Person gestellt (Potestativbedingung), oder mit einem davon un-

---

f) L. 21. 99 D. eod. L. 68 D. de iure dot. (23, 3.)

g) Wenn mir die nächste Ernte eines Grundstücks vermacht ist, so setzt dieses Vermächtniß voraus, daß Früchte entstehen (conditio *inest* legato), aber das Vermächtniß ist kein bedingtes, L. 25 §. 1 D. quando dies (36, 2.)

h) L. 16 D. de iniusto test. (28, 3.)

i) L. 37—39 D. de reb. cred. (12, 1.)

k) L. 9 §. 1 D. de novat. (46, 2): Qui sub conditione stipulatur, quae omnino extatura est, pure videtur stipulari.

l) Dieser Begriff paßt auch auf einen dies incertus, d. h. einen Zeitpunkt, von dem es ungewiß ist, ob er erscheinen werde, dieser ist aber auch in der That eine Bedingung, nur in der Form einer Zeitbestimmung ausgedrückt, L. 75 D. de condit. (35, 1.)

abhängigen Ereigniß verknüpft sein (conditio mixta).[m]) Ob die Bedingung zur einen oder andern dieser beiden letzten Classen gehöre, kann von entscheidendem Einfluß auf die Beantwortung der Frage nach der Erfüllung sein; es entscheidet darüber die Absicht dessen, der die Bedingung gestellt hat.[n])

Die Existenz des Rechtsgeschäfts oder seines Inhalts kann auf doppelte Weise von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Der erste Fall ist, daß der Anfang dieser Existenz von der Bedingung abhängig gemacht wird: negotium sub conditione contrahitur, das Geschäft ist ein bedingtes, z. B. conditionalis stipulatio, man hat dieß eine Suspensivbedingung genannt. Der zweite Fall ist, daß das Aufhören jener Existenz auf die Bedingung gestellt ist, das Geschäft ist hier pure errichtet, aber es soll unter der gemachten Voraussetzung aufgehoben sein, negotium sub conditione resolvitur, das Rechtsverhältniß ist in conditionem errichtet (Resolutivbedingung).[o]) So lange die Bedingung unentschieden ist, pedente conditione, ist im ersten Fall das davon abhängig gemachte Verhältniß nicht vorhanden, eine Forderung z. B., die unter einer (Suspensiv-) Bedingung gegeben ist, existirt nicht (neque cessit neque venit dies, Note c), im zweiten Fall dagegen existirt es, ein Kauf z. B., dem die (Resolutiv-) Bedingung beigefügt ist, daß er aufgehoben sein solle, wenn der Verkäufer einen besseren Käufer finden würde, besteht vollkommen während der Unentschiedenheit derselben. Die Entscheidung ist entweder Erfüllung der Bedingung (expleta conditio, conditio

---

m) L. 11 §. 1. L. 60 pr. D. de condit. (35, 1), L. un. §. 7 C. de caduc. toll. (6, 51): Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat —.

n) Es ist z. B. dem Titius etwas vermacht, unter der Bedingung, daß er die Sempronia heirathet, oder daß er seinen Sclaven Stichus manumittirt. Er war bereit dazu, aber ehe es geschehen konnte, starb die andere Person. Ist die Bedingung eine rein potestative, so ist sie für erfüllt zu achten, nicht so, wenn sie eine vermischte ist. Jenachdem nun der Testator bloß den Willen des Titius, oder geradezu das Ereigniß, das durch jenen Willen nur vermittelt wird, im Auge hatte, wird die Entscheidung eine andere sein müssen, und solche verschiedene Entscheidungen kommen in unsern Quellen vor: L. 23 §. 2 D. ad L. aquil. (9, 2). L. 54 §. 2 D. de legat. I (30). L. 101 pr. D. de condit. (35, 1.)

o) L. 3 D. de contr. emt. (18, 1), L. 2 D. de in diem add. (18, 2) u. a.

existit), p) oder Nichterfüllung (deficit conditio). q) Die Wirkung der Deficienz der Bedingung ist, daß in dem bisherigen Zustand keine Veränderung eintritt, außer daß die Ungewißheit beseitigt und auch die Erwartung einer Veränderung ausgeschlossen ist; durch die Nichterfüllung der Suspensivbedingung wird die Nichtexistenz des Verhältnisses, durch die der Resolutivbedingung sein dauerndes Dasein entschieden. Umgekehrt verändert die Existenz der Bedingung den bisherigen Zustand gänzlich: die der Suspensivbedingung bringt das Verhältniß, das bisher nicht existirte, ins Dasein, die der resolutiven vernichtet es, das bis dahin bestand. Es fragt sich aber: von welcher Zeit an wird diese Veränderung datirt? Das Einfachste scheint: von der Zeit der Erfüllung der Bedingung; dieß ist aber dem Wesen der Bedingung und der Absicht, die ihr zu Grunde liegt, nicht angemessen. Wenn etwas festgesetzt wird unter Voraussetzung eines künftigen ungewissen Umstands, so ist die Absicht: das Festgesetzte (sei es Sein oder Nichtsein, Entstehung oder Auflösung) soll jetzt gelten, nur freilich unter jener Voraussetzung, die wir als eine Bedingung hinzufügen, weil wir nicht allwissend sind. Wenn wir jemandem etwas geben unter einer Bedingung, so ist unsere Absicht, ihn jetzt zum Eigenthümer zu machen, eine Absicht, deren sofortige Wirkung nur durch die Ungewißheit des zur Bedingung gemachten Ereignisses ausgeschlossen ist; eben so, wenn wir ein Geschäft für aufgehoben erklären unter einer Bedingung: es soll schon jetzt nicht bestehen, nur ist dieser Erfolg ungewiß: der Eintritt dieser Resolutivbedingung stellt das bisherige Dasein des Geschäfts als ein bloßes Scheindasein dar. Daher ist die Wirkung der erfüllten Bedingung auf den Zeitpunkt der Festsetzung zurück zu beziehen, die Zwischenzeit der Ungewißheit ist nach der nun erlangten Gewißheit zu be-

p) Negative Bedingungen sind erfüllt, wenn das, was nicht geschehen soll, nicht mehr geschehen kann, z. B. die Bedingung, wenn Titius innerhalb eines Jahrs etwas nicht thun wird, sowie das Jahr verstrichen, oder er schon vor dessen Ablauf gestorben ist, ohne daß er es gethan hat.

q) Positive Bestimmungen sind unerfüllt, wenn das, was geschehen sollte, in der bei der Stellung der Bedingung beabsichtigten Art nicht mehr geschehen kann, z. B. wenn es innerhalb einer gewissen Zeit geschehen sollte, sowie diese Zeit, ohne daß es geschah, verstrichen ist. So z. B. L. 29 D. de condit. (35, 1): Haec conditio: si in Capitolium ascenderit, sic recipienda est: si cum primum potuerit Capitolium ascendere.

handeln,[r]) man hat dafür den Ausdruck gebildet: conditio existens retrotrahitur ad initium negotii und ähnliche.

Nicht bei allen Rechtsgeschäften sind Bedingungen oder Bedingungen aller Art zulässig. Es giebt Geschäfte, die ihre Wirkung sofort und entschieden haben müssen, wenn sie überhaupt wirksam sein sollen. So wie nun hier die Wirkung nicht durch einen dies hinausgeschoben werden kann, so kann sie auch nicht durch eine Bedingung ins Ungewisse gestellt werden.[s]) Manche Verhältnisse lassen eine willkührliche Beschränkung ihrer Dauer nicht zu, daher keinen Endtermin, aber auch nicht, daß durch eine Resolutivbedingung ihr Dasein wieder aufgehoben, das Geschehene rechtlich ungeschehen gemacht werde. Aber auch Bedingungen giebt es, die unstatthaft sind, es sind die, wodurch eine rechtswidrige oder unsittliche Handlung befördert, ein Nachtheil für den sie Unterlassenden, ein Vortheil für den sie Begehenden bestimmt werden soll.[t]) Diese unsittlichen Bedingungen heißen turpes conditiones. Schon die Beifügung einer solchen Bedingung ist eine Unsittlichkeit; wird ein Vertrag davon abhängig gemacht, so ist der Vertrag selbst ungültig.[u]) Anders stellt sich die Sache bei Testamenten, der, welchem etwas darin unter einer rechtswidrigen oder unsittlichen Bedingung hinterlassen wird, hat nicht, wie bei dem Vertrag, an dieser unsittlichen Bestimmung Theil genommen, es wäre Unrecht, ihn für die schlechte Gesinnung

r) Für die Suspensivbedingung: L. 11 §. 1 D. qui potior. (20, 4), L. 16 D. de solut. (46, 3) u. a., für die Resolutivbedingung: L. 4 §. 3 D. de in diem add. (18, 2), L. 19 D. de usurp. (41, 3) u. a. Es versteht sich ohnedieß, daß beide Arten von Bedingungen in Beziehung auf diesen Grundsatz gleichstehen. Nur schließt derselbe nicht aus, daß unter besonderen Umständen Convenienz und Rücksicht auf die Intention der Handelnden eine allzustrenge Durchführung des Princips verhindern, und in Beziehung auf einzelne Wirkungen, z. B. auf die in der Zwischenzeit bezogenen Früchte, eine mehr der Zeitbestimmung analoge Behandlung fordern können.

s) Papin. L. 77 D. de R. I. (50, 17): Actus legitimi, qui (non ist offenbar einzuschalten) recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. Nonnunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt, nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit, quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.

t) L. 14. 15 D. de cond. instit. (28, 7.)

u) L. 123 D. de V. O. (45, 1.)

des Testators zu bestrafen, daher bleibt die Hinterlassung gültig, und die Bedingung wird gestrichen oder erlassen. [v]) Ein anderer Begriff ist der einer unmöglichen Bedingung, d. h. einer solchen, deren Erfüllung ein unmögliches Ereigniß voraussetzen würde, sei es natürlich unmöglich, z. B. wenn zur Zeit des Vollmonds eine Sonnenfinsterniß eintreten wird, oder juristisch, z. B. wenn Titius den Marktplatz der Stadt verkaufen wird. [w]) Wer nun unter einer solchen conditio impossibilis etwas verabredet hat, der hat nichts verabredet; hat er die Unmöglichkeit gekannt, so kann man ihm gar nicht die ernstliche Absicht eines Rechtsgeschäfts zuschreiben, hat er sie nicht gekannt, so hat er wenigstens keine unbedingte Abschließung gewollt; das Geschäft gilt also nicht als bedingtes, weil es gewiß ist, daß die Bedingung nicht erfüllt werden wird, und nicht als unbedingtes, weil dieses nicht gewollt ist. Dieselbe Argumentation muß auch für testamentarische Dispositionen gelten, der Grund, welcher bei den unsittlichen Bedingungen eine andere Behandlung derselben bewirkte, tritt hier nicht auf gleiche Weise ein. Dieß behaupteten denn auch die Proculianer, die Sabinianer dagegen wollten diesen Fall wie den der rechtswidrigen und unsittlichen Bedingungen behandeln; Gaius selbst gesteht zu, daß diese Ansicht seiner Schule nicht hinlänglich begründet sei. [x]) Dessenungeachtet finden wir, daß die Meinung der Sabinianer später die Oberhand gewonnen hat, wie sie denn auch von Justinian recipirt worden ist. [y]) Sie ließ sich in der That folgendergestalt begründen. Bei Testamenten muß im Zweifel die der Wirksamkeit und Völligkeit der Disposition günstigere Auslegung angenommen werden, dem Testator bringt dieß keinen Nachtheil, bei dem entgegengesetzten Verfahren würde die Gefahr, seinen Willen zu verfehlen, näher liegen. [z]) In dem vorliegenden

---

v) L. 9. 14 D. de condit. inst. (28, 5), L. 112 §. 3 D. de legat. I (30.)

w) L. 137 §. 6 D. de V. O. (45, 1): — ubi omnino conditio iure impleri non potest — nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, incerta esset. Nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest, et id quod impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.

x) Gai. III. 98.

y) Paul. III. 4 b, 1. Ulpian., L. 3 D. de condit. (35, 1): *Obtinuit* impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas.

z) L. 12 D. de R. I. (50, 17) L. 24 D. de reb. dub. (34, 5.)

Fall hat er eine Disposition und eine ihr widersprechende Nebenbestimmung gemacht. Einen von beiden müssen wir als seinen Willen annehmen, die Disposition oder ihre Eludirung. Das erste ist der Gesinnung, die wir im allgemeinen bei einem Testator voraussetzen dürfen, gemäß, das zweite würde, wenn er die Unmöglichkeit nicht gekannt hätte, seinem Willen zuwider sein, nähme man aber Absicht an, so wäre die Bedingung als eine Verhöhnung, mithin als eine Unsittlichkeit zu erklären, dieß aber würde auf dasselbe Resultat führen.

Die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts als solchen besteht in der Erreichung seines Zwecks, also in der Hervorbringung oder Aufhebung des Rechts, auf das es gerichtet ist. Sie wird vereitelt durch seine **Ungültigkeit**. Diese Ungültigkeit kann doppelter Art sein.

1) Der erste und einfachste Fall ist der, daß das Rechtsgeschäft schlechthin nicht existirt: es besteht vielleicht die äußerliche Thatsache, z. B. eine Willenserklärung, aber sie hat ebensowenig eine rechtliche Existenz, als wenn gar nichts geschehen wäre: es ist kein Rechtsgeschäft da, nullum est negotium, das Geschäft ist nichtig. Man nennt diese vollkommene Ungültigkeit Nichtigkeit, Nullität.[aa]) Die Folge davon ist, daß das Recht nicht entsteht, das dadurch hervorgebracht, oder das Recht fortdauert, welches dadurch aufgehoben werden sollte.

2) Es giebt aber noch einen andern Fall: das Rechtsgeschäft ist wirkungslos, weil jemand das Recht hat, es ist ungültig zu behandeln, es anzufechten. In jenem ersten Fall wird es durch einen Rechtssatz unmittelbar rescindirt, in diesem zweiten kann es von jemanden durch ein Rechtsmittel rescindirt werden. Man kann diese unvollkommene Ungültigkeit Rescissibilität oder Anfechtbarkeit nennen. Es ist z. B. jemand durch Drohungen vermocht worden, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, das Geschäft ist nicht nichtig, aber er kann es durch exceptio oder durch in integrum restitutio unwirksam machen. Das Rechtsgeschäft ist in diesem Fall an sich (ipso iure) gültig, es existirt, und hat seine Wirkung, z. B. Uebertra-

---

aa) Die deutsche Ausdrucksweise kann die Vorstellung erwecken, es sei ein Rechtsgeschäft vorhanden, nur sei es nichtig. Dieses würde unrichtig sein, ein nichtiges ist kein Rechtsgeschäft

gung des Eigenthums, Entstehung der Aufhebung der Forderung (darum eben ist die Ungültigkeit eine unvollkommene zu nennen), seine Ungültigkeit hängt a) von der Existenz des Rechtsmittels ab, mit dem es anzufechten ist, und dieses kann möglicherweise wegfallen, wo dann das Rechtsgeschäft besteht, wie wenn ihm nie etwas entgegengestanden hätte,[bb]) b) von dem Willen des zur Anfechtung Berechtigten, davon Gebrauch zu machen.

Ein anderer Unterschied, der mit dem jetzt dargestellten nicht zusammenfällt, betrifft die Zeit der Ungültigkeit. Ein Rechtsgeschäft kann von Anfang ungültig sein, oder es nachher werden. Beides kann bei beiden Arten der Ungültigkeit eintreten. Ein Rechtsgeschäft ist von Anfang nichtig, wenn es z. B. von einem Wahnsinnigen vorgenommen ist, es wird nichtig, wenn ein wesentliches Erforderniß seines Bestehens (nicht bloß seiner Errichtung) nachher wegfällt, z. B. wenn der Eigenthümer eines Grundstücks für dieses eine Servitut sich versprechen läßt, die künftig bestellt werden soll, wird die Stipulation vernichtet, sowie er das Eigenthum verliert.[cc]) Es ist ferner von Anfang rescissibel, wenn der Grund seiner Anfechtung schon bei seiner Errichtung existirte, z. B. bei der Anfechtung wegen Zwangs, aber auch ein nachfolgender Umstand kann es anfechtbar machen, z. B. eine Uebereinkunft über die Auflösung eines Rechtsgeschäfts, die aber nicht die Wirkung hat, dasselbe ipso iure aufzuheben.

b. Schenkungen.[a])

CCV. Ein Rechtsgeschäft kann zum Inhalt eine Veräußerung haben. Im allgemeinsten Sinn ist darunter jedes absichtliche Ausscheiden eines Bestandtheils aus unserem Vermögen begriffen. Im

bb) Auch wieweit seine Wirkungen aufgehoben werden, hängt von der Beschaffenheit des Rechtsmittels ab, z. B. wenn ich eine Eigenthumsübertragung anfechte, ich mit meinem Anspruch auf eine gewisse Person beschränkt bin, oder die hingegebene Sache jedem Andern, der sie besitzt, abfordern kann. In dem letzten Fall ist dann der Erfolg der Rescissibilität so vollständig, wie der Nullität, nur wird er auf andere Art herbeigeführt. In der Vollständigkeit des Erfolgs liegt also der wesentliche Unterschied beider Arten der Ungültigkeit keineswegs.

cc) L. 98 pr. D. V. O (45, 1.)

a) Die neueste Darstellung dieser Lehre, in welcher ihre wahren Grundlagen festgesetzt und im Einzelnen durchgeführt sind, giebt Savigny, System IV § 142–176.

engern Sinn wird der Ausdruck auf die Fälle beschränkt, in denen damit die Vermehrung eines fremden Vermögens verbunden ist: ein Bestandtheil tritt aus dem Vermögen des Einen mit dessen Willen heraus, und tritt zu dem des Andern hinzu (Veräußerung an einen Andern). Am anschaulichsten geschieht dieß, wenn der Bestandtheil bei diesem Wechsel seine juristische Form vollkommen beibehält, so wenn das Eigenthum einer Sache von dem einen auf den andern übertragen wird, an diesen Fall pflegt man daher zunächst bei dem Wort Veräußerung, alienatio, zu denken (res mea wird aliena). Diesem am nächsten steht der Fall, wenn ein Bestandtheil des Eigenthums, z. B. eine Servitut bestellt oder umgekehrt von dem Berechtigten dem Eigenthümer zurückgegeben wird, obwohl hier schon dieser Bestandtheil bei dem Wechsel eine andere Rechtsform erhält; bei dem Eigenthümer ist er ein ununterschiedener Theil seines Eigenthums, bei dem Andern ein besonderes Recht, Servitut u. s. f. Aber auch die Fälle sind Veräußerungsfälle, wo jemand ein Recht zum Vortheil eines Andern aufgiebt, ohne daß dieser ein Recht auch nur gleicher Art, oder ohne daß er überall ein Recht erwirbt, z. B. Uebernahme einer Verbindlichkeit statt des Andern, Aufgeben einer Forderung gegen den Andern, wodurch diese befreit wird. — Veräußerungsgeschäfte sind nicht bloß die, wodurch die Veräußerung ins Werk gesetzt wird, z. B. Uebertragung des Eigenthums, Bestellung des ius in re, Erlaß der Forderung, sondern auch die, welche sie begründen, daher die Verträge, wodurch sich jemand zur Veräußerung verpflichtet. Diese Verträge lassen sich übrigens nicht bloß als Vorbereitungen einer Veräußerung, sondern auch zugleich selbst als Veräußerungen auffassen; wenn ich mich gegen jemanden verpflichte, ihm meine Sachen zu geben, so ist dieser Vertrag der Grund der künftigen Veräußerung, insofern wir darunter die Veräußerung des Eigenthums verstehen; [b]) sofern aber sein Vermögen durch die Forderung gegen mich schon vermehrt, und das meinige durch das Passivum, das ich übernommen, in der That schon vermindert ist (da das, was ich schulde, nur noch nominell zu meinem Vermögen gehört), enthält jeder Vertrag selbst schon eine wirkliche Veräußerung.

---

b) L. 67 pr. D. de V. S. (59, 16): Alienatum non proprie dicitur quod adhuc in dominio venditoris manet, venditum tamen recte dicetur.

Die Veräußerung kann nun in doppelter Art geschehen:

1) Der Veräußernde erhält ein Aequivalent gegen das, was er aufgiebt, der Werth seines Vermögens soll also nicht vermindert werden, wenn auch vielleicht unwillkührlich ein entgegengesetzter Erfolg eintritt, indem z. B. eine Sache um einen ihrem Werth nicht völlig entsprechenden Preis verkauft wird. Diese Veräußerungsgeschäfte, bei denen die Absicht auf specifische, aber nicht auf eine Werthveränderung des Vermögens geht, können Tauschgeschäfte im allgemeinen Sinn genannt werden.

2) Der Veräußernde soll kein Aequivalent erhalten, die Absicht also auf eine Veränderung des Vermögens auch dem Werth nach gerichtet, unentgeltliche Veräußerung. Unter diesen unentgeltlichen Veräußerungen ist die Schenkung, donatio, ausgezeichnet, indem, für ein Geschäft, wenn es unter diesen Begriff fällt, besondere Bestimmungen gelten. Darum ist es von Interesse, den Begriff der Schenkung genau festzustellen.

Die Schenkung ist vor allem eine Veräußerung, dadurch sind von diesem Begriff die Zuwendungen des Vermögens oder eines Theils desselben, die sich auf dessen Schicksal nach dem Tod des Verfügenden beziehen, ausgeschlossen. Wer einen Erben ernennt, entfremdet sich sein Vermögen nicht, da er in dem Erben noch immer als Subject des Vermögens gedacht wird (§. 191, 7); das Vermächtniß kann in gewisser Rücksicht eine Schenkung genannt werden und wird es auch,[c] aber der Testator mindert dadurch nicht sein Vermögen, wie er es hat, sondern die Erbschaft, ein künftiges Vermögen, als dessen Subject er künftig wird gedacht werden, aber jetzt nicht fungirt. Bei allen diesen Verfügungen ist der Geber (Testator) nicht das Subject der Güter, die er giebt, und der das Subject derselben ist (die juristische Person des Verstorbenen), giebt sie nicht. Darum ist das Testament keine Veräußerung, und folglich keine Schenkung. — Ferner ist das bloße Ablehnen eines Gewinns, einer Vermögensvermehrung, z. B. Ausschlag einer Erbschaft, eines Vermächtnisses, keine Veräußerung[d]) und darum auch keine Schenkung.[e])

---

c) L. 36 D. de leg. II. (31).

d) L. 6 §. 2 D. quae in fraudem cred. (42, 8.)

e) Insofern es mit der Absicht, einem Andern dadurch einen Vortheil zu-

Die Veräußerung muß eine unentgeltliche sein, eine reine Minderung des Vermögens. Diese Absicht heißt liberalitas,[f]) nur reicht dieser Ausdruck weit über die Schenkung, selbst über die Veräußerung hinaus, da er überhaupt einen in uneigennütziger Gesinnung, ohne Rücksicht auf den eigenen Vortheil vorgenommenen Act bedeutet.[g]) Dadurch ist zugleich jede Veräußerung ausgeschlossen, zu welcher jemand rechtlich verpflichtet war, denn durch die Zahlung einer Schuld wird das Vermögen nicht verändert: donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur.[h]) Dagegen verträgt sich die Liberalität mit der Erfüllung der sittlichen Pflicht der Dankbarkeit; daher sind Schenkungen, deren Motiv Dankbarkeit ist (remuneratorische), wahre Schenkungen,[i]) d. h. der Geber **kann** dabei den animus donandi haben; hat er ihn freilich nicht wirklich gehabt, sondern die Gabe als Bezahlung für den geleisteten Dienst betrachtet, so ist es, weil er nicht rechtlich dazu verpflichtet war, zwar noch immer eine Liberalität, aber wegen des Mangels des animus donandi keine wahre Schenkung.[k])

Der Erfolg der Veräußerung muß die Bereicherung eines Andern (des Beschenkten) sein, in der Schenkung liegt ein Erwerb ex lucrativa causa.[l]) Jede Vereitelung dieses Erfolgs entzieht dem Geschäft den Charakter einer Schenkung.[m]) Dadurch werden Ver-

---

zuwenden, geschieht, also hierin der Schenkung gleichsteht, kann es donatio genannt werden, aber eine eigentliche donatio ist es nicht, L. 5 §. 13. 14 D. de don. inter vir. (24, 1.) In der That würde sonst auch die Ausschlagung eines Geschenks eine Schenkung sein können.

f) L. 1 pr. D. de donat. (39, 5): — propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat —.

g) Z. B. L. 1 §. 1. 2 D. de precar. (43, 26.) — Auf dieses Erforderniß bezieht sich die Unfähigkeit der Administratoren fremder Güter, zu schenken. Sie beschränkt sich nicht auf Schenkungen, sondern gilt von jeder Liberalität, L. 46 §. 7 D. de administr. tut. (26, 7), L. 7 D. de donat. (39, 5), L. 28 §. 2 D. de pact. (2, 14.)

h) L. 82 D. de R. I. (50, 17.)

i) L. 10 §. 13. L. 12 D. mand. (17, 1.)

k) L. 27 D. de donat. (39, 5.) Eben so wird auch behandelt eine Remuneration für eine Lebensrettung, wo nur die Inästimabilität des geleisteten Dienstes jene Intention einer Beziehung ausschließt, L. 34 §. 1 D. eod. Paul. V. 11, 6.

l) Nicht jede lucrativa causa ist eine Schenkung (sie kann z. B. auch Erbeinsetzung, Vermächtniß sein), aber jede Schenkung ist eine lucrativa causa.

m) Wer daher z. B. eine fremde Schuld bezahlt, macht dem Gläubiger kein

leihungen ausgeschlossen, die überhaupt nicht als Vermehrungen eines Vermögens aufzufassen sind, wie z. B. die Manumission, die Verleihung der Civität (obwohl das Wort donare im nichtjuristischen Sinn darauf angewendet wird), ferner alle Vermögenserwerbungen gegen Aufopferung eines entsprechenden Werths. Dagegen verträgt sich die Schenkung mit der Auflage einer Zweckbestimmung, die donatio sub modo ist eine wahre Schenkung, nur kann durch die Erfüllung des Modus (wenn er von der Art ist, daß er das Vermögen afficirt) der Umfang der Bereicherung und somit der Betrag der Schenkung verringert werden.[n]) Der Erfolg der Bereicherung ist aber nicht hinreichend, es muß zugleich die Absicht des Gebers auf dieselbe gerichtet sein, diese Absicht ist der animus donandi. Wer z. B. aus Irrthum ein indebitum zahlt, bereichert den Empfänger, aber schenkt nicht.[o])

In der Schenkung lassen sich zwei Elemente unterscheiden: ein objectives, der Erfolg einer reinen Vermögensminderung auf der einen, einer Bereicherung auf der andern Seite, und ein subjectives, der animus donandi. Dieser Wille darf aber, und dieß kommt als letztes Erforderniß zu den obigen hinzu, nicht bloß einseitig in dem Geber vorhanden sein, auch der Beschenkte muß, um dieses zu sein, mit diesem Willen übereinstimmen, er muß das ihm Gewordene als Schenkung empfangen, die Schenkung ist ein Vertrag.[p])

Geschenk, dagegen kann es (unter Voraussetzung der übrigen Momente) ein Geschenk an den Schuldner sein.

n) L. 18 pr. §. 1. 2 D. de donat. (39, 5.)

o) L. 53 D. de R. I. (50, 17): Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est.

p) L. 19 §. 2 D. de donat. (39, 5): non potest liberalitas nolenti adquiri. Wenn ich z. B. den Gläubiger des Titius befriedige, so wird dieser befreit auch ohne sein Wissen, aber eine Schenkung ist es nie, ehe er es erfährt und meiner Absicht ihm zu schenken (ausdrücklich oder stillschweigend) zustimmt, die Schenkung acceptirt. Eben so kann ich jemand mit dem animus donandi zum Eigenthümer machen ohne sein Wissen (durch seinen Sclaven, L. 10 D. de donat.), aber als Beschenkten kann ich ihn nicht betrachten, ohne daß er zustimmt. Ferner, wenn ich ihm Geld als Geschenk gebe, er es als Zahlung einer Schuld empfängt, geht Eigenthum über, aber es ist keine Schenkung. Man hat gegen den ersten Fall eingewendet, das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, und die andern Beschränkungen der Schenkung würden dadurch ganz illusorisch werden, indem ihre Anwendung auf jenen Fall durch das bloße Nichtwissenlassen verhütet werden könnte (Savigny, System IV S. 149). Dieß scheint nicht richtig. Denn die Wirksamkeit des Verbots (die Zurückforderung von dem Beschenkten)

Wenn nun auf diese Art der Begriff der Schenkung eng begränzt ist: auf eine unentgeltliche Veräußerung zur Bereicherung eines Andern in dieser von dem Bereicherten genehmigten Absicht, so hat sie auf der anderen Seite hinsichtlich der Modalität des Geschäfts, in welchem sie sich verkörpert, eine sehr weite Anwendung. Die mannigfaltigsten Rechtsgeschäfte können durch jenen Inhalt Schenkungen werden (s. den Anfang dieses §.). Die beiden Hauptfälle sind:[q]) 1) Schenkung einer Sache, rerum donatio, d. i. sofortige Uebertragung des Eigenthums mit dem animus donandi; am nächsten steht diesem Fall die Bestellung eines ius in re; 2) Schenkung einer Forderung gegen den Schenker, Schenkung durch Versprechen, wodurch sich jemand donandi animo zu etwas verpflichtet. Man nennt dieß Schenkungsversprechen, was nicht als ein Versprechen zu schenken verstanden werden darf: die Schenkung geschieht durch das Versprechen selbst, die Erfüllung ist keine Schenkung mehr, da sie erzwungen werden kann. Natürlich wird, wie dort eine gültige Eigenthumsübertragung, so hier ein gültiges Versprechen vorausgesetzt, wodurch wirklich für den Beschenkten eine Forderung entsteht, also sein Vermögen vermehrt wird. Die Form dafür ist die Stipulation, da aus einem bloßen Pactum keine klagbare Forderung entspringt. Antoninus Pius hat in dieser Hinsicht Schenkungen zwischen Eltern und Kindern begünstigt. es soll hier mit der Form nicht genau genommen werden, jede sichere Willenserklärung soll hinreichen, um dem animus donandi seine Wirkung zu geben.[r]) Justinian hat dieß auf alle Personen ausgedehnt, so daß also nun eine klagbare Forderung aus einem Pactum darum entsteht, weil es unter den Begriff einer Schenkung fällt.[s]) — Das Geschäft, wodurch die Schenkung geschieht, kann übrigens nicht bloß ein reines Schenkungsgeschäft sein, sondern auch noch daneben einen andern Inhalt

---

kann gar nicht eintreten, ohne daß z. B. die beschenkte Frau davon, wenigstens jetzt, Kenntniß erhält, und sie mag jetzt die Schenkung acceptiren oder nicht, wird sie die für sie bezahlten Gelder, soweit sie dadurch bereichert ist, zurückzahlen müssen, da die Schenkung in beiden Fällen ungültig ist, nur aus verschiedenen Gründen, dort wegen Verbots, hier wegen Mangels der Acceptation.

q) Sie werden auch hervorgehoben in L. 3 §. 10, L. 32 §. 1 D. de don. inter vir. (24, 1.) In der ersten Stelle wird noch das Beispiel des Erlasses einer Forderung, als ein eben so nahe liegendes, hinzugefügt.

r) Fragm. vat. 314. L. 4 D. Th. de don. (8, 12.)

s) L. 35 §. 5 C. de donat. (8, 54), §. 2 I. de donat. (2, 7.)

haben, so kann z. B. die Schenkung mit einem Kauf sich verbinden, wenn donationis causa der Preis geringer oder höher als der Werth der Sache gestellt wird, es ist hier theilweise verkauft oder gekauft, theilweise geschenkt. t)

Die Schenkung kann durch eine Bedingung auf den Tod des Schenkers gestellt werden, eine solche heißt mortis causa donatio. Das Gemeinschaftliche aller Fälle derselben ist, daß sie erst durch den Tod des Schenkers vollendet, und daß diese Perfection durch den früheren Tod des Beschenkten ausgeschlossen wird. u) Dieß hindert nicht, daß schon jetzt das Recht, welches den Gegenstand der Schenkung ausmacht, z. B. das Eigenthum auf den Beschenkten übertragen werde, es geschieht dieß widerruflich (jene Bedingung hat hier die Bedeutung einer Resolutivbedingung, im entgegengesetzten Fall die einer Suspensivbedingung). v) Aber eine schon jetzt unwiderruflich geschehene ist keine mortis causa donatio. w) Zu jenem gemeinschaftlichen Inhalt kann nun noch die freie Widerruflichkeit durch den Schenker hinzukommen, so daß die Schenkung nicht bloß durch den früheren Tod desselben, sondern auch durch seinen willkührlichen Widerruf vernichtet wird, ja dieser Vorbehalt der Willensänderung ist stillschweigend zu vermuthen. x) Ferner, was das Motiv der Schenkung anlangt, kann sie durch eine gegenwärtige oder unmittelbar bevorstehende Lebensgefahr oder auch nur durch den Gedanken an den Tod überhaupt veranlaßt, und im ersten Fall davon abhängig gemacht sein, daß der Schenker in jener Lebensgefahr den Tod findet. y) Diese Schenkung Todes halber nähert sich den letztwilligen Dispositionen, und ist in vielen Stücken ihnen gleichgestellt worden. Jede andere Schenkung, auf welche der Tod des Schenkers jenen Einfluß nicht hat, ist eine donatio inter vivos, sie ist eine vera et absoluta donatio entweder schon jetzt, oder (da auch sie möglicherweise von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann)

t) L. 5 §. 5 D. de donat. inter vir. (24, 1.)
u) L. 1. 32. 35 §. 2 D. de mortis c. don. (39, 6): — et hoc est quare vulgo dicatur, se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius, quam heredem suum.
v) L. 2. 29 D. eod.
w) L. 27 D. eod.
x) L. 16 D. eod.
y) L. 3—6. 35 §. 4 D. eod.

kann es wenigstens ohne Rücksicht auf den früheren oder späteren Tod des Schenkers werden.[z])

CCVI. Eine Veräußerung kann in ihrer Rechtsbeständigkeit dadurch beeinträchtigt sein, daß sie unter den Begriff der Schenkung fällt. Drei Fälle kommen vor:

1) sie ist ganz ungültig, wenn sie eine Schenkung unter Ehegatten ist; dieß bezieht sich nur auf donationes inter vivos, eine mortis causa donatio unter Ehegatten ist nur Vorbereitung einer Schenkung, die Schenkung selbst wird erst dann vollendet, wenn die Parteien (durch den Tod des Schenkers) aufgehört haben, Ehegatten zu sein, also die Anwendbarkeit des Verbots wegfällt;[a])

2) sie ist ganz oder theilweise ungültig, wenn sie das gesetzliche Maß überschreitet, oder nicht in einer gewissen besonderen Form geschlossen ist, sofern sie nicht zu den von diesen Beschränkungen befreiten gehört; dieß bezieht sich ebensalls nur auf Schenkungen inter vivos;[b])

3) sie kann aus andern Gründen widerrufen werden; auch dieß bezieht sich vornehmlich auf donationes inter vivos, da bei Schenkungen Todes halber regelmäßig ohnehin ein willkührlicher Widerruf stattfindet; ist aber dieser beschränkt, so kann auch bei ihnen jener exceptionelle Widerruf in Anwendung kommen.

Von diesen drei Einschränkungen kann das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, soweit es eine eigenthümliche Natur hat, erst im Zusammenhang mit dem Eherecht dargestellt werden, es ist daher hier nur von den beiden andern etwas näheres anzugeben. Zunächst von der dritten.

Eine gültige und widerrufliche Schenkung enthält an sich eine so vollständige und definitive Veräußerung als irgend ein anderes Veräußerungsgeschäft. Dennoch giebt es Fälle, wo der Umstand, daß die Veräußerung schenkungsweise geschah, dem Geber eine Zurückforderung gewährt.[c]) Altes Recht war es, daß Schenkungen des

---

z) L. 35 §. 2, L. 42 §. 1 D. eod.

a) L. 9 §. 2, L. 10. 11 D. de don. inter vir. (24, 1.)

b) S. noch unten bei der Wirkung der Lex Cincia.

c) Durch die Schenkung kann das Recht eines Dritten verletzt sein, z. B. die Ansprüche der Gläubiger, der Pflichttheil der Notherben, das Erbrecht des Patrons; daß diese Personen die sie verletzende Schenkung ganz oder theilweise umstoßen können, gehört nicht hieher.

Patrons an den Freigelassenen während des Lebens beider frei widerrufen werden konnten, [d] dasselbe galt ohne Zweifel auch von den Schenkungen des Vaters an seine (emancipirten) Kinder, zu denen er sich als parens manumissor in einem ähnlichen Verhältniß befindet. [e]) Andern Ascendenten wird dieses Recht abgesprochen. [f]) Diocletian beschränkte die Revocation der Väter auf den Fall, wenn sie ein pflichtwidriges Benehmen der Kinder gerichtlich erweisen würden, [g]) anderen Schenkern wurde das Recht, wegen Undanks des Beschenkten zu revociren, wiederholt versagt. [h]) Wenig später ist auch das Recht der Patrone auf den Fall der erweislichen Undankbarkeit beschränkt worden, [i]) Constantius und Constans haben noch einen zweiten hinzugefügt: wenn dem Patron nach der Schenkung Kinder geboren werden. [k]) Dieselben Kaiser, indem sie Diocletian's Gesetz vom Vater (Note g) erneuern, haben der Mutter 349 das Recht gegeben, wegen Impietät der Kinder die an sie gemachten Schenkungen zur Hälfte zurückzunehmen, was sie 358 auf das Ganze erstreckten. [l]) Justinian endlich dehnte die Revocation wegen Un-

---

d) Fragm. vat. 272 (Philipp.) 313 (Dioclet. im Jahre (296).

e) Es geht unter andern aus folgender Rechtsentwickelung hervor. Eine Schenkung des Vaters an die in potestate ist nichtig, weil er überhaupt kein Recht an sie übertragen kann, sie wurde auch durch seinen Tod ohne Willensänderung nicht gültig, Fragm. vat. 294 (Papinian); die Schenkung an die Emancipirten dagegen wurde unwiderruflich durch den Tod. Als nun später die letztere dem willkührlichen Widerruf entzogen wurde, übertrug man die Convalescenz durch den Tod auf die erstere, Dioclet. L. 18 pr. C. fam. erc. (3, 36.) Iustinian. L. 25 C. de don. inter vir. et uxor. et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione (5, 16).

f) L. 2. 3. 6 C. de revoc. donat. (8, 56.)

g) Das Gesetz wird von Constantius und Constans in L. 2 C. Th. de revoc. don. (8, 13) erwähnt und wiederholt. (Fragm. vat. 279. Dioclet. im J. 286, setzt diesen Rechtssatz schon voraus.) So sehr aber widersprach diese Beschränkung der gemeinen Rechtsansicht, daß noch 426 Valentinian III sie von neuem einschärfen mußte, L. 6 C. Th. eod. (L. 9 C. I. eod.).

h) Fragm. vat. 275.

i) Im justinianischen Recht ist dieß durch Interpolation der Constitution des Philippus (Note d) ausgedrückt, L. 1 C. de revoc. don. (8, 56.) Eine Verordnung Diocletian's von 296 (Fragm. vat. 313) enthält noch das alte Recht.

k) L. 3 C. Th. de revoc. don. (8, 13) v. 355 (L. 8 C. I. eod.)

l) L. 1. 4 C. Th. eod. Unter diesen Umständen ist es wohl nicht zuläßig, dieses Revocationsrecht der Mutter als altes Recht zu betrachten; es ist nothwendig, in der Stelle Papinian's L. 31 §. 1 D. de donat. (39, 5) den letzten Satz als Interpolation zu nehmen, und das hat um so weniger gegen sich, als er in der That der vorausgehenden Gedankenreihe widerspricht.

danks auf alle Schenkungen aus, reducirte sie aber zugleich auf bestimmte Gründe, die allein zur Begründung des Widerrufs tauglich sein sollen. [m])

Wichtiger ist die Aufstellung eines Maßes, dessen Ueberschreitung und einer besonderen Form, deren Vernachlässigung die Schenkung unwirksam machen kann. Diese Einschränkung hat ihren ersten Ursprung in der Lex Cincia v. J. 550, von dem Volkstribun M. Cincius Alimentus gegeben. [n]) Ein Theil ihres Inhalts ist an einem andern Ort vorgekommen (§. 155), hieher gehören ihre Bestimmungen über die Schenkungen. [o]) Dieser Inhalt des Gesetzes war zur Zeit der classischen Juristen wenigstens zum Theil noch gültig. [p]) Von manchen Punkten des damaligen Rechts ist es nicht völlig gewiß, ob sie auf Bestimmungen des Gesetzes selbst oder auf Ergänzungen durch andere Rechtsquellen beruhen. Die folgende Untersuchung wird dieß näher darlegen.

Es bestand ein altes Gesetz, welches Schenkungen über ein gewisses, uns unbekanntes Maß verbot. [q]) Daß dieses die Lex Cincia

---

m) L. 10 C. de revoc. don. (8, 56.)

n) Cic. Cato 4.

o) Von den Untersuchungen über diesen Inhalt des Gesetzes aus den früher schon bekannten Quellen ist hervorzuheben: Savigny, über die lex cincia de donis et muneribus, und deren spätere Umbildungen, Zeitschrift IV. 1. Seit dieser Zeit ist in den zwei Titeln der vaticanischen Fragmente über Schenkungen eine neue reichhaltige Quelle hinzugekommen. Diese hat besonders in den ersten Jahren nach ihrer Herausgabe mehrfache Bearbeitungen unserer Lehre veranlaßt: von Rudorff (de lege cincia (1825), Wenck (Vorrede zu Haubold, opusc. acad. I p. XXXVII sqq. 1825), Francke (Civil. Abhandl. 1826 S. 1 ff.), Klinkhamer (de donationibus 1826), Hasse (Rhein. Museum I S. 185 ff. 1827, III S. 174 ff.), Unterholzner (Rhein. Museum III S. 153 ff.), Bruns: quid conferant vat. fragm. ad melius cogn. ius rom. (1838) p. 112 sqq. Vgl. noch Savigny, System IV §. 165.

p) Paulus schrieb einen liber singularis ad L. cinciam, L. 29 D. de legib. (1, 3), und die größeren Werke scheinen einen Theil der Schenkungslehre stets an dieses Gesetz angeknüpft zu haben, woher er kommt, daß die vaticanischen Fragmente einen Titel mit dieser Ueberschrift geben: de donationibus ad legem cinciam. Paulus handelte in seinem Edictscommentar im 71. Buch davon: ad cinciam Fragm. vat. 298, bei den Gläubigern.

q) Ulpian's Fragmente enthalten die lückenhafte Stelle: prohibet, exceptis quibusdam cognatis et si plus donatum sit, non rescindit. Minus quam perfecta lex est quae etc. Ob L. 21 §. 1 D. de donat. (39, 5): — supra legis modum tibi promisit — L. 24 eod.: — qui donationis causa supra modum legis promisit — u. a. dafür angeführt werden können, steht dahin; wahrscheinlich sind diese Ausdrücke interpolirt, s. unten.

sei, war schon nach unseren früheren Quellen höchst wahrscheinlich, durch die vaticanischen Fragmente ist es unzweifelhaft gemacht. [r])

Ferner ist für Schenkungen eine gewisse Form vorgeschrieben. Sie sollen durch Uebertragung des Eigenthums und des Besitzes geschehen, und in letzterer Hinsicht überdieß mit dem Erfolg, daß der Beschenkte in diesem Besitz geschützt zu werden fordern kann. Erst dann ist die donatio perfecta, außerdem imperfecta. [s]) Dieß stellt sich bei den verschiedenen Arten von Sachen so: bei Grundstücken, die mancipi sind, ist Mancipatio und Traditio erforderlich, [t]) bei solchen, die nicht mancipi sind (Provincialgrundstücke: praedia tributaria, stipendiaria), bloß Tradition; [u]) bei beweglichen Sachen nach demselben Unterschied Mancipation und Tradition oder bloß die letztere, hier aber reicht dieß nicht aus: der Beschenkte muß auch die Sache den größeren Theil eines Jahres besessen haben, weil er erst dadurch den Schutz in dem Besitz durch das interdictum utrubi (s. unten §. 225) gewinnt; erst dann ist die Schenkung perfect. [v]) Die Mancipation kann durch Usucapion ersetzt werden. [w]) Durch diese Vorschriften ist ausgeschlossen die Schenkung durch irgend ein anderes Rechtsgeschäft: durch Stipulation, [x]) durch einen Erlaßvertrag, [y]) Bestellung eines Ususfructus [z]) u. s. f. Auch für diese

---

r) Vornehmlich durch §. 304: excipit tutorem, qui tutelam gerit, si dare volet, qui tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt, *nam permisit eis (in) infinitum donare.* Contra ut possit pupillus donare, non excepit.

s) Fragm. vat. 310—313. Daher wird §. 283 in einem Rescript Diocletian's die Schenkung für ungültig erklärt, wenn die Sache so tradirt worden sei, daß sie nach dem Tod des Empfängers an den Geber zurückkehre; denn hier sei kein Eigenthum übertragen, da dieses nicht ad tempus gegeben werden könne. Es fehlte also eines jener Erfordernisse. Im justinianischen Codex (L. 2 C. de don. sub modo 8, 55) ist daher das Rescript total verändert. — In L. 42 pr. D. de mortis c. don. (39, 6) wird ein ähnlicher Fall anders entschieden, aber dort war nicht ad tempus, sondern unwiderruflich, nur mit Fiducia, geschenkt, auch ist der Beschenkte ein cognatus, also eine persona excepta. (Keller, in der Zeitschr. für gesch. R. W. XII. 12. R.)

t) Fragm. vat. 313.

u) Fragm. vat. 293. 313.

v) Fragm. vat. 293. 311.

w) Fragm. vat. 293.

x) Fragm. vat. 310. 311.

y) L. 1 §. 1 D. quib. mod. pignus (20, 6).

z) Fragm. vat. 283 a. E. Im just. Cod. (Note s) ist dieser Satz ganz weggelassen. — Durch die Beschränkung der donatio auf Eigenthumsübertra-

Anordnung einer Form ist zu behaupten, daß sie schon in der Lex Cincia gemacht worden ist, es geht aus mehreren Stellen mit Sicherheit hervor.[aa])

Von diesen beiden Vorschriften sind aber in der Lex Cincia eine Anzahl von Personen ausgenommen: personae exceptae legis cinciae, welche frei schenken und nehmen können. Ausgenommen sind unter sich Cognaten bis zum fünften Grad und vom sechsten sobrinus und sobrina, und die durch Potestas, Manus, Mancipium, oder Ehe mit einem solchen Verwandten verbunden sind, von den Affinen privignus, privigna, noverca, vitricus, socer, socrus, gener, nurus, vir et uxor (soweit nicht die Schenkung um der Ehe willen unter ihnen verboten ist, namentlich also, wenn sie divortii causa geschieht), sponsus et sponsa. Ferner sind Schenkungen des Freigelassenen an den Patron (und nach der Ansicht mancher römischer Juristen auch an die Kinder des Patrons); des Tutors an den Pupillen ausgenommen, und an eine Cognatin ohne Beschränkung des Grads, wenn die Schenkung den Zweck der Dotation hat.[bb]) Jene Vorschriften gelten also nur von den personae non exceptae, die exceptae können eine Schenkung über das gesetzliche Maß erhalten, und die Schenkung wird bei ihnen perfect nach den allgemeinen Grundsätzen, nicht erst durch die Beobachtung jener Formen, also durch Eigenthumsübertragung, wenn unmittelbar eine Sache geschenkt werden soll, Bestellung einer Servitut, Stipulation, Erlaß u. s. f.[cc] Das Gesetz enthält eben so wohl eine

---

gung (abgesehen von den ausgenommenen Personen) erklärt sich, wie die justinianischen Institutionen durch Nachahmung eines früheren Musters (denn erfunden haben ihre Verfasser das schwerlich) darauf kommen konnten, den Titel von der Schenkung zu den Eigenthumserwerbsarten zu stellen.

aa) Fragm. vat. 310 wird gesagt, die Schenkung ohne jene Formen sei bei exceptae personae gültig, weil hier die exceptio legis cinciae nicht entgegenstehe. §. 259: die ohne die gesetzliche Form gemachte Schenkung werde durch den Tod des Schenkers ohne Willensänderung wirksam, weil morte cincia removetur. In beiden Stellen also wird die Ungültigkeit wegen des Formmangels der Lex Cincia zugeschrieben.

bb) Fragm. vat. 298—309. (Das Vermögen „in der Freundschaft" zu erhalten, war die Hauptrücksicht der lex cincia, wie der lex furia und ähnlicher Gesetze dieser Zeit und Richtung. Ulpian. XXVIII. 7. R.)

cc) S. die Stellen Note s bis x. (Daß die Promission oder Eigenthumsübertragung hier zur Perfection der Schenkung ausreicht, beruht darauf, daß sich der Beschenkte mit der Actio, die ihm die Promissio, mit der Vindication, die ihm die Datio zu Wege gebracht hat, die Possessio beliebig selbst verschaffen

Bestätigung der Schenkungen an die exceptae, als ein Verbot an die non exceptae personae.

Das Gesetz bezieht sich nur auf wahre Schenkungen.[dd]) Hier aber ist es, auch wenn das von ihm festgesetzte Maß klein war, sehr gemildert durch die Befreiung jener Personen, bei denen es im allgemeinen und von besonderen Umständen abgesehen allein ein wirkliches Bedürfniß war, Schenkungen von einigem Belang zuzulassen. Eine noch bedeutendere Milderung aber lag in der Wirkung des Gesetzes.

Die Cincia war eine lex imperfecta, sie hatte weder die Nichtigkeit der contra legem gemachten Schenkungen, noch eine Strafe auf die Annahme festgesetzt. Aber dem Schenker wurde, wenn eine Schenkung contra legem gegen ihn geltend gemacht ward, sei es eine übermäßige oder eine nicht in jener Form gemachte, gegen die Klage (in rem actio, wenn die Schenkung z. B. durch Mancipation geschehen war, in personam actio, bei einer Schenkung durch Stipulation) eine exceptio gegeben, die entweder in ius gefaßt ist: exceptio legis cinciae, oder in factum: si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum.[ee]) Die Proculianer giengen noch weiter, auch jeder Dritte, meinten sie, gegen den eine Klage auf eine solche Schenkung gegründet würde, könne die Exceptio vorschützen, das heißt, sie wollten diese Wirkung so viel als möglich der einer lex perfecta nähern.[ff]) Es war derselbe auf möglichst strenge

kann. Die Vindication einer non excepta persona hingegen ist durch die exceptio legis cinciae gehemmt. Will man also einer solchen wirksam schenken, so muß man nächst der Promissio oder Datio ihr auch noch zum Besitz verhelfen; ja dieser Besitz muß (wie beim Kauf, L. 11 §. 13 D. de A. E. V. 19, 1) ein völlig fehlerloser sein, sonst würde er ihr durch Interdicte wieder entzogen werden können, und sie wäre dann auf ihre Vindicatio oder Actio beschränkt, deren Erfolg eben durch die Lex Cincia gehemmt ist. Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIII S. 191 Note 20. R.)

dd) Daher eine Schenkung an den Lebensretter nicht darunter fällt, s. §. 205 Note k, ferner nicht der Erlaß eines Pfandrechts, Note y des gegenwärtigen §.

ee) Fragm. vat. 310. 266. L. 5 §. 2 D. de doli except. (44, 4.) Vgl oben §. 170 Note g.

ff) Fragm. vat. 266 (Ulpian.): — nam semper exceptione cinciae uti potuit non solum ipse, verum, ut Proculiani contra tabulas (so die Handschrift nach Mai, Hollweg hat nach Rudorff sabinianos in den Text aufgenommen) putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio. Ulpian billigt diese Meinung keineswegs, er bedient sich ihrer nur, um die Rich-

Handhabung des Gesetzes gerichtete Sinn, der auch Labeo die Ausnahmen ganz wörtlich interpretiren ließ.[gg]) Jene Einrede wird ferner als replicatio gegeben, wenn der Beschenkte durch die Schenkung eine Exceptio gegen eine Klage des Schenkers erhalten hat.[hh]) Ist aber durch die Schenkung eine Klage ipso iure verloren gegangen, der Beklagte also nicht bloß ope exceptionis davon befreit (in welchem Fall eine replicatio keine Anwendung findet, da sie eine exceptio voraussetzt), so wird dem Schenker die verlorene Klage restituirt, ihm als rescissoria actio gegeben.[ii]) Endlich hat der Schenker wegen dessen, was durch die donatio contra legem cinciam in das Vermögen des Beschenkten gekommen ist, die condictio.[kk])

Es ist also lediglich in den Willen des Schenkers gelegt, ob die Lex Cincia in Anwendung kommen soll oder nicht, und der wahre Ausdruck ihres Inhalts ist folgender: Schenkungen, die das gesetzliche Maß überschreiten oder nicht in der vorgeschriebenen Form gemacht sind, können, vorausgesetzt, daß der Beschenkte nicht eine persona excepta ist, von dem Schenker jederzeit widerrufen werden. Die Lex Cincia hindert ihn an keiner Schenkung, wenn sein Wille beharrlich darauf gerichtet ist, sie schiebt nur den Zeitpunkt der Perfection der Schenkung hinaus. Solange also der Schenker noch seinen Willen ändern kann, ist die Schenkung contra legem nicht perfect, darin liegt denn aber zugleich nothwendig, daß die Schenkung durch den Tod des Schenkers ohne Widerruf dem Einfluß der Lex Cincia entnommen wird: morte cincia removetur.[ll]) Auch die Erben des Schenkers können jene Rechtsmittel haben, mit denen die Schenkung angefochten wird, aber sie sind unwirksam, wenn der Schenker ohne Willensänderung gestorben ist, der Beschenkte hat hier

---

tigkeit seiner Ansicht zu bestärken. Auch nicht alle Proculianer theilten sie, L. 21 §. 1 D. de don. (39, 5.)

gg) Fragm. vat. 306.

hh) Z. B. Tradition einer res mancipi, der Tradent hat noch das Eigenthum ex iure quiritium, und die Vindication, aber der Empfänger würde als bonitarischer Eigenthümer gegen ihn geschützt werden (§. 236 bei Note u), wenn nicht diese exceptio durch die replicatio legis cinciae elidirt würde, Fragm. vat. 259.

ii) Z. B. Befreiung des Schuldners durch Acception, oder durch Novation zu Gunsten eines Andern, L. 21 §. 1 D. de don. (39, 5.)

kk) Fragm. vat. 266. L. 21 §. 1 D. de don. (39, 5) L. 5 §. 5 D. de doli exc. (44, 4.)

ll) Fragm. vat. 259. 266. 294.

gegen ihre Zurückforderung die doli exceptio, gegen ihre exceptio oder replicatio legis cinciae die replicatio oder duplicatio doli. Nachdem solchergestalt die Wirkung des Gesetzes bestimmt ist, kann die Frage beantwortet werden, ob es sich auch auf mortis causa donationes erstreckt? Hier ist es nun von selbst klar, daß eine Anwendung auf diese in den allermeisten Fällen undenkbar war, denn diese Anwendung hätte jenen Schenkungen keinen größeren Grad von Widerruflichkeit geben können, als sie schon an sich haben. Höchstens also hätten die Schenkungen des Todes halber, wobei der Schenker auf willkührlichen Widerruf verzichtet hat, unter das Gesetz fallen können. Aber es ist überhaupt nicht wahrscheinlich, daß man in ein Gesetz, welches die Perfection gewisser Schenkungen durch einen singulären Rechtssatz bis zum Tod des Schenkers hinaussetzt, die Schenkungen sollte hereingezogen haben, die ihrer Natur nach vorher imperfect sind, denen also die Perfection nicht erst zu entziehen war.[mm]

Ein zweifelhafter Punkt ist das Verhältniß jener beiden Vorschriften, des Maßes und der Form. Die Frage ist: für welche Schenkungen (versteht sich: unter personae non exceptae) ist die Form vorgeschrieben? bloß für die das gesetzliche Maß übersteigenden, oder umgekehrt bloß für die kleineren? Beiden Ansichten scheint entgegenzustehen, daß in keiner der Stellen, die der Form der Lex Cincia Erwähnung thun, ein solcher Unterschied gemacht, oder irgendwie vorausgesetzt wird; dieß spricht besonders gegen die erste, welche die kleineren Schenkungen den Einflüssen des Gesetzes ganz entnehmen will. Durch die bisherige Entwickelung des Inhalts der Lex werden wir auf folgende Gestalt der Sache geführt Das Gesetz hat zwei Gründe neben einander aufgestellt, aus denen eine Schenkung unter nicht ausgenommenen Personen imperfect und widerruflich sein kann: die Größe der Schenkung und der Mangel der Form. Das Natürlichste ist nun offenbar, anzunehmen, daß jeder dieser Gründe für sich hinreicht, dem Schenker die Willensänderung zu gestatten. Nun sind vier Fälle möglich: 1) eine kleinere Schenkung ist ohne die gesetzliche Form gemacht worden, sie ist imperfect; 2) eine kleinere

---

mm) Für die mortis causa donationes bestand ein anderes beschränkendes Gesetz, die Lex Furia: qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine *mortisve causa capere* permissum non est, Gai. II. 225. Eben so sind sie später der Lex Falcidia unterworfen worden.

Schenkung in der Form, sie ist perfect; 3) eine größere ohne die Form, sie ist imperfect und zwar ganz, über das Maß hinaus aus diesem Grund selbst, unter dem Maß wegen Mangels der Form; 4) eine größere in der gesetzlichen Form. Dieß ist der zweifelhafte Punkt, der eine doppelte Behandlung zuläßt. Nach dem obigen Princip muß gesagt werden, die Schenkung ist theilweise perfect (soweit sie unter dem Maß ist), theilweise imperfect (soweit sie über das Maß hinausreicht). Es wäre aber auch möglich, daß man, wenigstens später, der beobachteten Form die höhere Wirkung beigelegt hätte, auch den ersten Fehler, des Uebermaßes, zu heilen, so daß dadurch die eine Vorschrift der Cincia, das Verbot höherer Schenkungen, stillschweigend außer Uebung gesetzt worden wäre. Dieß würde besonders dann erklärlich sein, wenn das Maß des Gesetzes sehr niedrig (etwa nur wie das der Lex Furia 1000 Asses) war; es würde damit aber auch übereinstimmen, daß in den nicht interpolirten Quellen eine theilweise Gültigkeit der Schenkung nicht erwähnt wird,[nn]) ferner so wenige Hindeutungen auf das gesetzliche Maß selbst vorkommen.[oo])

Hiernach hätte am Ende der dritten Periode noch folgendes Recht aus der Lex Cincia gegolten: Schenkungen unter den exceptae personae werden perfect durch jedes Rechtsgeschäft, welches den Erfolg der Schenkung (Minderung des Vermögens des Schenkers, Bereicherung des Beschenkten) herstellt, unter non exceptae aber nur durch (Mancipation und) Tradition mit der Wirkung des Be-

---

nn) Rudorff will eine Erwähnung in Fragm. vat. 294 finden: eine Schenkung an den filius in potestate wird nicht wirksam dadurch, daß der Vater seinen Willen nicht geändert hat (im Gegensatz gegen die Schenkung contra legem cinciam), quoniam quod praecessit *totum* irritum est. Darin soll liegen, daß nach der Cincia nicht das Ganze, sondern nur, was das Maß übersteigt, ungültig ist. Dann würde der Jurist so argumentirt haben: weil dort der ganze Betrag der Schenkung ungültig ist, kann sie nicht convalesciren, und dieß würde voraussetzen, daß nach der L. C. die Convalescenz der ganzen Schenkung aus dem Grund einträte, weil schon vorher ein Theil derselben gültig war. Dem ist aber nicht so. Der Grund, warum die Schenkung durch die Fortdauer des Willens wirksam wird, liegt auf keinen Fall in der vorherigen Gültigkeit eines Theils derselben.

oo) Fragm. vat. 304 (s. oben Note r) ist eine historische Bemerkung. Der Ausdruck übrigens in infinitum donare licet konnte als herkömmlich für Schenkungen, die nicht durch die Cincia beschränkt sind, immer beibehalten werden; so ist zu nehmen Paul. V. 11, 6.

sitzschutzes, oder durch den Tod des Schenkers ohne entgegengesetzte Willenserklärung.[pp] Für den künftigen Beweis der geschehenen Schenkung zu sorgen, war natürlich Sache der Parteien, es war zu diesem Behuf die professio apud acta, gerichtliche Insinuation (Bd. I S. 349), sehr gewöhnlich geworden;[qq] auf die Perfection der Schenkung hatte sie keinen Einfluß, ihr Hinzukommen ersetzte kein anderes Erforderniß, ihr Wegbleiben entzog der Kraft der Schenkung nichts.

In der vierten Periode ist das Recht der Lex Cincia allmählich umgestaltet worden, endlich völlig untergegangen. Constantius Chlorus hat zuerst die gerichtliche Insinuation als eine nothwendige Form für Schenkungen unter non exceptae personae angeordnet, daneben aber das gesammte frühere Recht bestehen lassen. Constantin hat sie auch auf die personae exceptae ausgedehnt.[rr] In einer Verordnung von 316 giebt Constantin eine weitläuftige Anweisung darüber, wie man Schenkungen recht sicher und mit Vermeidung künftiger Processe abschließen könne, ohne übrigens eine neue Form festzusetzen[ss] Die Tradition erscheint darin als Theil des ganzen Acts, aber ohne Andeutung, daß sie nun auch bei den personae exceptae nothwendig sein soll. Hiernach würde das damalige Recht dieses gewesen sein: alle Schenkungen fordern die gerichtliche Insinuation, die an personae non exceptae überdieß (Mancipation und) Tradition. So war es aber nicht, das Gesetz wurde anders verstanden, wie wir aus dem Gesetz von 333 (Note rr) und einem Gesetz des Constantius und Constans von 355 sehen.[tt] Der Vorzug der exceptae personae ist ganz aufgehoben, nur für Eltern und Kinder

---

pp) Mehr enthalten denn auch die Stellen der vaticanischen Fragmente aus dieser Zeit nicht.

qq) Fragm. vat. 266a. 268. 285.

rr) L. 1 C. Th. de sponsal. (3, 5.) Diese Constitution ist vom J. 319, jene Ausdehnung auf die personae exceptae scheint aber schon in einem Gesetz von 319 (Note ss) erwähnt zu sein, wahrscheinlich ist sie früher geschehen, und die L. 1 v. 319 enthält nur eine besondere Anwendung davon auf die Schenkungen unter Verlobten. 316 hat Constantin auch verordnet, daß die Insinuation apud acta nur bei den Behörden des Domicils des Schenkers geschehen könne, L. 3 C. Th. de donat. (8, 12.) Jene Verordnung wird wiederholt in L. 5 C. Th. eod. (333), und von Constantius und Constans, L. 6 eod.

ss) Fragm. val. 249, abgekürzt als L. 1 C. Th. de don. (8, 12), und daraus wieder mit Veränderungen, L. 25 C. I. de don. (8, 54.)

tt) L. 5. 7 C. Th. de don. (8, 12.)

ist das Erforderniß der Mancipation und Tradition nachgelassen (nicht das der Insinuation). [uu]) Bei der donatio ante nuptias ist von Theodosius 428 die Tradition im Fall der Insinuation nachgelassen, und die Insinuation, wenn eine solche Schenkung nicht mehr als 200 solidi beträgt. [vv])

Die Vorschrift der Tradition als letztes Ueberbleibsel der Lex Cincia (die Mancipation kam hier wie sonst außer Gebrauch, nur daß sich davon in den Schenkungsurkunden die bedeutungslosen Worte: sestertii nummi unius, quattuor assium erhalten hatten) [ww]), scheint bis auf Justinian bestanden zu haben. Dieser hob sie auf, und führte das Recht der Schenkung in Absicht auf die Form auf folgende einfache Sätze zurück.

Die Schenkung kann durch jedes Veräußerungsgeschäft (Tradition, Schenkungsversprechen, Servitutbestellung, Erlaß einer Forderung u. s. w. vgl. §. 205) errichtet werden, und wenn sie nicht über 500 solidi beträgt, bedarf es keiner weiteren Form; beträgt sie mehr, so ist sie auf den Ueberschuß nur dann gültig, wenn die gerichtliche Insinuation hinzukommt. [xx]) Der Mangel der Insinuation macht die Schenkung theilweise, soweit sie nämlich das Maß übersteigt, nichtig, eine Convalescenz durch den Tod des Schenkers ohne Widerruf tritt nicht ein.

B. Gegenstand der Rechte.

CCVII. Jedes Recht ist Macht über einen Gegenstand, der vermöge dieses Rechts dem Willen des Berechtigten unterworfen ist

---

uu) Auch die Erwähnung eines schriftlichen Schenkungsvertrags in der Verordnung Constantin's war als ein Gebot verstanden worden, dieß beseitigt ein Gesetz von Theodosius II und Valentinian III, L. 29 C. de don. (8, 54.) Eben so die Erwähnung von Traditionszeugen, beseitigt von Zeno, L. 31 C. eod.

vv) L. 8 C. Th. de sponsal. (3, 5.)

ww) L. ult. C. de don. (8, 54.)

xx) Das Maß war anfangs 300 solidi, und nur bei gewissen Schenkungen auf 500 erhöht, L. 34 pr. §. 1 C. de don. (8, 54.) Die letztere Summe ist aber bald nachher auf alle erstreckt worden, L. 36 §. 3 C. eod. Einige Schenkungen sind in beliebiger Höhe gültig ohne Insinuation: Schenkungen des Kaisers und an ihn, der magistri militum an die Soldaten, zum Loskauf von Gefangenen, zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude, L. 34. 36 cit., Bestellung einer Dos, sofern darin eine Schenkung an die Frau liegt, L. 31 pr. C. de iure dot. (5, 12.) Die Verwandten haben kein Vorrecht mehr.

(Bd. I §. 30). Dieses Verhältniß läßt sich auch so ausdrücken: der Berechtigte bezieht einen Gegenstand auf sich, und diese Beziehung ist den Rechtsvorschriften gemäß.

Die Beziehung eines Gegenstandes auf sich setzt das Bewußtsein dieses seines Selbst, auf das der Gegenstand bezogen wird, voraus. Wer sich etwas aneignet, in dem muß vorher dieses Bewußtsein mächtig geworden sein, sonst würde er nicht darauf kommen, dem Ich etwas zu unterwerfen. „Ich unterwerfe Mir einen Gegenstand", darin liegt, daß mir mein Ich, dem ich etwas unterwerfe, gegenständlich geworden ist, und zwar als das zum Herrschen Bestimmte, welchem etwas unterworfen sein kann, mit andern Worten: dem Berechtigten muß seine Persönlichkeit gegenständlich geworden sein. In einem Recht aber, welches in der Unterwerfung von etwas anderem besteht, steht die Persönlichkeit des Berechtigten nicht als Gegenstand, sondern als Subject (z. B. Ich bin Eigenthümer dieser Sache), das Gegenständlichwerden der eignen Persönlichkeit liegt nicht in diesem Recht, sondern geht ihm vorher, ist seine Voraussetzung. Es geht ihm aber nicht vorher als ein bloßer, zufällig sich bei jeder Aneignung wiederholender Impuls, sondern in der Form eines besonderen Rechts, in welchem es sich fixirt, und dessen Ausdruck die Worte sind: Ich bin Person, — worin also die eigene Person sowohl das Subject, als auch der Gegenstand ist. An der Spitze aller Rechte steht daher

1) das Recht an der eignen Person, welches kein anderes Recht zur Voraussetzung hat, das vielmehr seine Voraussetzung in sich selbst trägt. Die Persönlichkeit ist hier zu einer Macht geworden. Wir nennen es das Recht der Persönlichkeit, es ist der Grund, auf dem alle anderen Rechte erbaut sind.

Unter den Gegenständen der Außenwelt ist einer, dessen Bestimmung in der Unterwerfung unter den Willen des Menschen vollkommen aufgeht, der keine andere Bestimmung hat, als die, dem Menschen unterworfen zu sein: die Sache. Die Unterwerfung einer Sache kommt so vor, daß sie sich von dem Recht der Persönlichkeit noch nicht losgemacht und zu einem selbstständigen Recht entwickelt hat, daß sie vielmehr noch lediglich in jenem Recht und mit ihm verwachsen ihr rechtliches Dasein und ihren Schutz hat. Diese Unterwerfung ist der Besitz, ein aus dem Recht der Persönlichkeit heraus-

strebendes, aber von ihm noch festgehaltenes Rechtsverhältniß. So hat das Recht an der eigenen Person zwei Gestalten:

a) Recht der Persönlichkeit für sich,

b) Recht des Besitzes.

In dem Besitz enthält das Recht an der eigenen Person den Uebergang zu einem andern Recht. Die Unterwerfung einer Sache wird zu einem selbstständigen, von dem Recht der Persönlichkeit abgetrennten Recht; dieß ist

2) das Recht an einer Sache. Es ist das unmittelbar aus dem der Persönlichkeit abstammende Recht, es hat keine andere Voraussetzung als jenes: zwischen dem reinen Subject und dem reinen Object, das keine andere Bestimmung hat, als dieses zu sein, bedarf es keiner Vermittelung durch ein anderes rechtliches Moment. Da die Sache völlig in der Beziehung auf die Person aufgeht, so ist ihre Unterwerfung eine vollständige, eine totale Aneignung der Sache an die Person, dieß geht so weit, daß eine partielle Unterwerfung nur unter der Voraussetzung möglich ist, daß die Sache wenigstens einem Andern vollständig unterworfen sei, mithin nur als ein Recht an einer fremden Sache, worin nicht bloß das negative Erforderniß liegt, daß die Sache nicht mir, sondern auch das positive, daß sie einem Andern gehört. In dem Bisherigen ist gegeben, daß das Recht an einer Sache ein doppeltes ist:

a) Eigenthum (totale Unterwerfung einer Sache),

b) ius in re aliena (partielle Unterwerfung).

Auch das Recht an einer Sache trägt den Uebergang zu einem andern Recht in sich. Es liegt zum Theil in der Natur der Dinge, welche Sachen sind, in dem passiven Widerstand, den sie dem menschlichen Willen leisten, und der durch menschliche Kraft gebrochen werden muß. Er gestaltet sich als relativer Mangel, da die Erde zwar stets hervorbringt, was der Mensch bedarf, aber nicht an jedem Ort und zu jeder Zeit gleichmäßig, ferner als Rohheit des Stoffs, dem erst die Gestalt gegeben werden muß, in der er die menschlichen Bedürfnisse zu befriedigen geschickt ist. Die Unzulänglichkeit der Kräfte des Einzelnen führt zur Unterwerfung von Kräften Anderer, durch welche man jene Hindernisse überwinden kann. Dazu kommt aber noch als Erzeugerin einer andern Classe von Rechten die Natur des Eigenthums selbst, wodurch die Sache dem Willen des Einen ausschließlich unterworfen, dem der Andern entzogen wird, und

damit die Ungleichheit in der Vertheilung der Güter, Ueberfluß an Sachen oder Kräften bei dem Einen, Mangel an diesen oder jenen bei dem Andern. Das Resultat ist, daß ohne die Möglichkeit eines Austausches von Sachen und Kräften die Unterwerfung von Sachen theils unmöglich, theils nutzlos werden würde. Das Rechtsinstitut des Eigenthums erhält seine nothwendige Ergänzung erst dadurch, daß der Eigenthümer, was ihm entbehrlich ist, durch Austauch in das wünschenswerthe Gut verwandeln, der Nichteigenthümer durch Darbietung seiner Kräfte sich Eigenthum verschaffen kann. So geht aus dem Recht an der Sache

3) das Recht an einer Handlung eines Andern hervor, die Obligatio, wodurch die Handlung einer Person dem Willen der andern unterworfen wird. Dieses Recht hat das Recht an der Sache zu seiner wesentlichen Voraussetzung, es bezieht sich darauf und ist eine Ergänzung desselben. So kann denn auch nur eine solche Handlung Gegenstand der Obligatio sein, die ihr Aequivalent in einer Sache findet, jede Forderung trägt den Werth des Eigenthums einer gewissen Sache in sich und leitet auf eine Eigenthumserwerbung oder auf die Erhaltung des erworbenen Eigenthums hin.

Die Außenwelt, die sich dem Menschen als Gegenstand seines rechtlichen Willens darbietet, ist zunächst die willenlose, die eben darum gänzlich der Unterwerfung hingegeben ist, das Gebiet des Eigenthums. Die Obligationen enthalten so wenig als die iura in re aliena einen Fortschritt aus dieser Sphäre heraus, sie sind nur andere Formen der Aneignung jener äußeren Güter, Vermittelungen des Eigenthums. Aber in dem Wesen gleicher Art, die der Mensch als „Fleisch von seinem Fleisch" erkennt, thut sich dem rechtlichen Willen ein ganz neuer Gegenstand auf. Der Mensch findet sich in einer natürlichen Verbindung mit seines Gleichen, in der Familie, in der Volksverbindung. Sein Wille bezieht andere Menschen auf sich, er erkennt sie als die Seinigen, nur bezieht er sie nicht auf sich als Einzelnen, sondern als Glied der Verbindung, welche dieser Beziehung zu Grunde liegt. Daher, indem er sie als die Seinigen, erkennt er sich zugleich als den Ihrigen; indem sie der Gegenstand seines rechtlichen Willens sind, ist er zugleich der des ihrigen. Dadurch entsteht

4) das Recht an einer Person außer uns. Es ist Unterwerfung einer Person; eine Person aber, ein berechtigtes Wesen ist es, die

unterworfen ist, die daher nicht rein unterworfen sein kann, weil sie dadurch aufhören würde, als Person zu sein, und zur Sache gemacht wäre. Eine Ungleichheit in der Stellung der Personen kann stattfinden, das Recht der einen Person an der andern kann ein Uebergewicht haben gegenüber dem entsprechenden Recht dieser an jener, wie bei dem Recht des Mannes an der Person der Frau, der Eltern an der Person der Kinder, aber eine Gegenseitigkeit liegt in jedem wahren Recht an einer Person, auch die Frau hat ein Recht an der Person des Mannes, das Kind an der Person der Eltern. Im römischen Recht ist in gewissen Verhältnissen jenes natürliche Uebergewicht so sehr vergrößert worden, daß das gegenseitige Recht des Unterworfenen ganz oder fast ganz außer Activität gesetzt worden ist, in den Rechten an Personen, welche die Römer unter dem Wort ius zusammenfassen (potestas, manus, mancipium). Diese Rechte sind nach der Analogie des Eigenthums behandelt, die Persönlichkeit der Unterworfenen selbst ist dadurch afficirt, sie sind den Sachen genähert worden. Daher sind zwei Gattungen von Rechten dieser Classe zu unterscheiden:

a) dem Eigenthum verwandtes Recht an einer Person,

b) reines Recht an einer Person.

Durch die Familie erhält das Vermögen eine Bestimmung, die seine Dauer über den einzelnen Berechtigten hinaus erstreckt. Das Vermögen soll sich durch den Tod desselben nicht in seine Elemente auflösen und verschwinden, sondern als Ganzes erhalten werden und auf die Familiengenossen, oder wen sonst das Recht an ihre Stelle setzt, übergehen. Durch diese Erhaltung wird aber das Vermögensrecht auch für die Zeit des Lebens erst vollendet. Die Rechtsverhältnisse gewinnen erst dadurch eine sichere Existenz, daß sie nicht von dem Leben der Personen abhängig sind, sondern auf die Erben übergehen; das Eigenthum erhält eine Dauer, die Obligatio eine Sicherheit, die ihr abgehen würde, wenn der Tod sie tilgte. Es ist nicht bloß der Gedanke an die Familie, sondern auch das Bedürfniß rechtlicher Ordnung und Garantie überhaupt, welches auf jenen Uebergang hinführt, der daher auch in andern analogen Fällen eingesetzt worden ist. Die Fortdauer des Vermögens über die Person hinaus ist nur denkbar, indem sich darin zugleich die Person des Berechtigten als seine das Ganze zusammenhaltende Spitze fortsetzt. Diese Person geht in den Successor über, er trägt sie in sich und reprä-

sentirt sie, und hat durch sie das ihr zuständige Vermögen. So tritt zu den übrigen

5) das Recht an einer in uns übergegangenen Peson, welches den Kreis der Privatrechte schließt.

Auch in ihrem Gegenstand sind die Rechte Veränderungen unterworfen, durch Einschränkungen und durch Erweiterungen (Accessionen), welche der Gegenstand erhalten kann. Nicht alle Gegenstände und alle Rechte sind solchen Modificationen, und die, bei denen sie stattfinden, sind ihnen nicht auf gleiche Weise ausgesetzt. Das davon geltende Recht wird bei den einzelnen Rechten, die diesem Einfluß unterliegen, darzustellen sein.

C. Schutz der Rechte.

CCVIII. Ein Recht kann nicht ohne einen Schutz gegen Verletzung, gegen Hinderung oder Störung der Ausübung gedacht werden.[a]) Der vollkommenste Schutz besteht in einer Klage, die mit dem Recht verbunden ist, der weniger vollkommene, weil er von Voraussetzungen abhängt, die ihn nutzlos oder unvollständig machen können, ist der durch Einreden. Denn die Einrede setzt eine bestimmte Verletzung des Rechts voraus, nämlich die Anstellung einer Klage, die dem Recht des Beklagten widerspricht, sodann erreicht man dadurch nur die Abweisung des Klägers, womit unter Umständen allerdings dem Berechtigten volles Genüge geschehen sein kann, während unter andern Umständen dieß vielleicht nicht hinreicht, ihn vollkommmen zu befriedigen.[b])

In diesem wesentlichen Element des Schutzes kann ein Recht Veränderungen erleiden. Solche Veränderungen treten schon durch

---

a) Das Allgemeine darüber s. in §. 29 des 1. Bands, die Ausführung für den römischen Proceß im dritten Buch. (Das Actionenrecht behandeln neuerdings: Bethmann-Hollweg, der röm. Civilproceß II (1865) §. 85—98 S. 207—324. Bekker, die Actionen des römischen Privatrechts. Bd. 1. Ius civile (1871), Ersterer vom Standpunkte des röm. Processes, Letzterer als Einleitung zum Obligationenrecht. Vgl. dessen Aufsatz über das Verhältniß von actio und obligatio. Zeitschr. für Rechtsgeschichte IX (1870) S. 366 f. R.)

b) Wenn z. B. jemand 100 von mir einklagt, der mir 1000 schuldig ist, so kann ich mich gegen seine Klage durch eine Einrede (der Compensation) schützen, mit dieser aber erreiche ich im besten Fall nur seine Abweisung, also 100 von meiner Forderung, zur Bezahlung der übrigen 900 verhilft mir meine Einrede nicht.

die Geltendmachung der Rechte selbst ein, durch Litiscontestation und Urtheil, indem das Schicksal des Rechts von dem Ausgang des Processes abhängig ist (§. 172. 175). Sodann kann die Geltendmachung des Rechts selbst und damit seine wesentliche Wirkung beeinträchtigt werden. Ist ein Recht aufgehoben, so fällt damit natürlich auch jede Geltendmachung desselben weg, umgekehrt kann es sein, daß ein Umstand die Existenz des Rechts selbst und unmittelbar nicht berührt, ihm aber seinen Schutz entzieht; ist einem Recht auf diese Weise jeder Schutz entzogen, so ist es, da ohne allen Schutz ein Recht nicht zu denken ist, mittelbar selbst aufgehoben. Eben so kann es geschehen, daß einem Recht wenigstens der vollkommene Schutz, die Klage, entzogen wird, wodurch es nicht völlig wirkungslos gemacht, also zerstört, aber in seiner Wirkung wesentlich gemindert ist.

Klage im formellen Sinn ist eine processualische Handlung, im materiellen die Möglichkeit derselben, das Klagerecht. In diesem Sinn, in dem wir hier die Klage nehmen, ist sie auch vor ihrer wirklichen Anstellung vorhanden, sie existirt mit dem Recht, aus dem sie entspringt, welches der Grund der Klage im materiellen Sinn ist.[b*]) Mit dem Recht geht natürlich auch die Klage unter, die ein Bestandtheil desselben ist, aber es kann auch umgekehrt die Klage für sich verloren gehen; beschränkt sich der Verlust auf dieses Mittel der Geltendmachung, so besteht das Recht fort, nur in einer unvollkommeneren Gestalt, da es des wichtigsten Schutzmittels beraubt ist.

Die wichtigste Art der Aufhebung von Klagen, die diesen Erfolg hat, ist die Verjährung: der Untergang einer Klage wegen Ver-

b*) (Ein wesentlicher Unterschied des römischen und heutigen Rechts besteht darin, daß in jenem der Staatsschutz (actio) der Rechte (res) ein beschränkter war, während er im heutigen jedem Recht beigegeben ist (ubi ius non deest nec actio deesse debet). Unrichtig aber ist es, wenn 1) Windscheid, die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts 1856. Die Actio. Abwehr gegen Theodor Muther 1857, jenen Rechtsschutz erst mit der Litiscontestation entstehen läßt, 2) Muther, Zur Lehre von der römischen Actio 1857 denselben auf die Ertheilung einer Formula beschränkt und endlich 3) Bruns Symbolae Bethm.-Hollw. obl. 5051, v. Holtzendorff, Encyclop. S. 65. 66 und Bekker, Actionen S. 10 nur die Actionen des Civilrechts aus dem Recht hervorgehen lassen, während umgekehrt der Prätor erst durch seine Actionen das Recht erzeugt haben soll. R.)

säumung ihrer Anstellung innerhalb der dafür durch das Recht vorgeschriebenen Zeit. [c])

Die Klagverjährung hat, soviel wir wissen, ihren ersten Ursprung im prätorischen Edict. Als der Prätor Klagen einzuführen begann, und damit Rechte anerkannte und schützte, die nach Jus civile nicht bestanden, setzte er häufig als Erforderniß fest, daß nicht schon ein Jahr seit der Entstehung des Anspruchs, der geltend zu machen war, abgelaufen sein dürfe: in anno oder intra annum iudicium dabo, — intra annum agere permittam, — si non plus quam annus est, restituas. [d]) Die Kürze der Zeit war dadurch gemildert, daß das Jahr als utilis annus behandelt wurde (§. 200): intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, — quum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est; — dadurch waren die Tage, welche nicht Gerichtstage sind (§. 158), ferner, an denen der Kläger durch ein unüberwindliches Hinderniß, welches auch die Bestellung eines Procurators ausschließt, abgehalten war, und an denen der Beklagte durch Abwesenheit ꝛc. die Anstellung der Klage verhindert hat, von der Berechnung ausgeschlossen. [e]) Der Prätor wurde zu jener Beschränkung des Klagerechts, die dem alten Jus civile fremd war, bewogen ohne Zweifel theils durch den Vortheil, den es der richterlichen Thätigkeit gewährt, wenn die Thatsachen, auf deren Erkenntniß und Beurtheilung es ankommt, möglichst neu sind, theils durch die billige Rücksicht, den Gegner, den er einem im Jus civile nicht begründeten Anspruch unterwarf, nicht allzulang in Ungewißheit darüber zu lassen, ob der Kläger von dem Recht, das ihm der Prätor gewährte, wirklich Gebrauch machen werde oder nicht. Wenn der Gegner sicher war, nach Ablauf einer gewissen Zeit dem vom Prätor eingeführten Anspruch entgangen zu sein, so war die prätorische Neuerung eher zu ertragen. Diese Rücksicht trat besonders ein, wenn der Prätor durch die verliehene

---

c) Die neueste und befriedigendste Darstellung des Instituts der Klagverjährung enthält Savigny's System des heut. R. R. V §. 237—255.

d) Daß ein Jahr als Verjährungszeit gewählt wurde, erklären die Institutionen Justinian's durch die Bemerkung: nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium, oder wie Theophilus sagt: die prätorischen Edicte selbst galten nur ein Jahr. Das ist ein müßiger Einfall, zu dem die äußerliche Aehnlichkeit der Zeit Veranlassung gab, ein wirklicher Zusammenhang der Dauer der Prätur und der Klagen ist der Natur der Sache nach undenkbar.

e) L. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3.)

Klage jemandem einen Gewinn verschaffte, also bei den Klagen auf eine Strafe, daher alle prätorischen Pönalklagen jener Verjährung unterworfen sind;[f]) dagegen sind die Klagen, durch die der Kläger nicht bereichert, sondern sein Vermögen nur gegen eine Rechtsverletzung wieder hergestellt werden soll (quae rei persecutionem habent), von dieser Beschränkung frei.[g]) In der Mitte zwischen beiden Classen stehen die, wodurch der Kläger nur erhält, was ihm aus seinem Vermögen fehlt, aber dieß doch auf Kosten des Beklagten, so daß dieser möglicherweise einen reinen Verlust erleidet, so gut als bei den Pönalklagen, nur daß diesem Verlust nicht ein Gewinn auf Seiten des Klägers entspricht. Geschieht nun dieß contra ius civile, so ist die Klage auch hier auf ein Jahr beschränkt.[h])

Auch einige andere Klagen wurden der Verjährung unterworfen. So setzten die Aedilen eine zum Theil noch kürzere Zeit für die Klagen fest, durch welche der Käufer wegen Mängel der verkauften Sache Aufhebung des Contracts oder Entschädigung fordert. Der Grund lag vornehmlich darin, daß ohne diese Beschränkung ihrer Dauer Handel und Wandel unsicher und eine zuverlässige Entscheidung darüber, ob der Mangel schon zur Zeit des Contracts vorhanden gewesen, in der Regel unmöglich werden würde. Dann schien es nothwendig, die singulären Ansprüche des Fiscus auf das Vermögen von Verbrechern oder auf andere verfallene Güter und auf sonstige Strafen durch die Festsetzung einer Zeit zu mäßigen, nach deren Ablauf die Klagen erlöschen und die Besitzer jener Güter gesichert sind. Diese Verjährungszeit ist eine zwanzigjährige,[i]) ja der An-

f) Mit Ausnahme der actio furti manifesti, denn durch diese verminderte vielmehr der Prätor den Anspruch, den der Bestohlene nach Jus civile gehabt hätte.

g) Beide Regeln werden gegeben in L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7): In honorariis actionibus sic esse definiendum, Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum — — Vgl. L. 3 §. 4 D. nautae, caup. (4, 9), L. 21 §. 5 D. rerum amot. (25, 2.)

h) L. 35 pr. cit. So verjährt die actio doli mali in einem Jahr (was Constantin in ein biennium continuum verändert hat, L. ult. C. de dolo, 2, 21), obwohl sie bloß auf Entschädigung geht (freilich erleidet der damit Verurtheilte zugleich die Strafe der Infamia, auf Herausgabe dessen, was an den Betrüger durch seinen Dolus gekommen ist, wird eine Klage auch post annum gegeben, L. 28 D. de dolo (4, 3)).

i) L. 13 pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3) L. 1 §. 3 D. de iure fisci (49, 14.)

spruch auf erblose Güter geht schon in vier Jahren gegen die Besitzer verloren, [k]) die Vindication eines durch Beeinträchtigung der fiskalischen Rechte verwirkten Guts in fünf Jahren. [l]) Der Status einer Person ferner, ihre Freiheit, Ingenuität rc. kann auch nach ihrem Tod angefochten, und dadurch die Stellung ihrer Kinder und das Schicksal ihres hinterlassenen Vermögens verändert werden. Um aber diese Verhältnisse nicht unendlichen Vexationen auszusetzen, edicirte schon der Princeps Nerva, daß nach fünf Jahren von dem Tod an diese quaestiones de statu wegfallen sollten. [m]) An diesen Rechtssatz schlossen manche Juristen auch die Verjährung der querela inofficiosi testamenti in fünf Jahren an, die denselben Zweck einer endlichen Sicherung der Erbverhältnisse hat; sie behaupteten darum, die Zeit beginne mit dem Tode des Erblassers, während Andere die Verjährung erst mit dem Antritt des eingesetzten Erben, gegen den die Klage anzustellen ist, anfangen ließen. [n])

Einen besonderen Zweck hat die longi temporis praescriptio gegen speciales in rem actiones (aus dem Eigenthum und den iura in re). Ein Besitz von zehn Jahren unter Gegenwärtigen, von zwanzig Jahren unter Abwesenden, wenn er einen rechtmäßigen Anfang hat, soll gegen jene Klagen geschützt werden. [o]) Diese Verjährung hat dieselbe Bestimmung wie die Usucapion: den Erwerb von Rechten zu sichern, indem der lange Besitz den Beweis der sonstigen Erwerbung ersetzt. Sie ist ein Surrogat der Usucapion, wo diese keine Anwendung findet, und ist nachher aus dem Charakter einer bloßen Klagverjährung in den einer Ersitzung, einer Erwerbung des jene Zeit hindurch ununterbrochen ausgeübten Rechts, übergegangen.

Das Resultat von allem diesem ist für die Zeit der classischen Juristen folgendes. Die Regel war: einer Klage steht nicht entgegen, daß ihre Anstellung längere Zeit verschoben worden ist, diese Verzögerung bewirkt nicht den Verlust der Klage, actiones perpetuo dantur. [p]) Dieß schließt nicht aus, daß das Recht, aus dem die

k) L. 1 C. de quadriennii praescr. (7, 37.)

l) L. 2 C. de vectig. et commissis (4, 61.)

m) Dig. XL. 15 Cod. VII. 21: ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.

n) L. 36 §. 2 C. de inoff. (3, 28.)

o) Vgl. unten §. 240.

p) Gai. IV. 101.

Klage entspringt, durch Ablauf einer gewissen Zeit verloren gehen kann, z. B. das Eigenthum dadurch, daß ein Anderer die Sache usucapirt, die Forderung gegen den sponsor und fidepromissor nach zwei Jahren ex lege furia; denn dieser Untergang trifft nicht zunächst die Klage, obwohl diese natürlich mit dem Recht folgeweise untergeht. Jener Erfolg wird zwar durch die Nichtanstellung der Klage während jener Zeit vermittelt, da ihre zeitige Anstellung den Verlust verhüten würde, aber diese Versäumniß ist nicht die positive Ursache des Erfolgs, der wahre Grund des Verlustes liegt auf der Seite des Gegners. — Die Ausnahme nun von jener Regel ist, daß es temporales actiones giebt, die durch Nichtanstellung innerhalb einer gewissen Zeit verloren gehen, wo also die Unthätigkeit des Klägers den Verlust nicht bloß vermittelt, sondern unmittelbar und eigentlich verursacht; solcher Ausnahmen gab es schon in der dritten Periode eine nicht unbeträchtliche Anzahl. Betrachten wir sie aber nach ihrer Wichtigkeit für den Rechtsverkehr, so müssen wir sagen, daß die Klagverjährung die bedeutendsten und häufigsten Klagen fast gar nicht berührte.

Eine andere Wendung nahm die Sache in der vierten Periode. Schon Constantin verordnete, daß die vetustas des Besitzers, oder, wie dieß genau bestimmt ward, die Zeit von vierzig Jahren eine Einrede gegen die in rem actio geben solle. [q] Dieser Rechtssatz entwickelte sich aus einer Anwendung der unvordenklichen Zeit (§. 200 a. E.) auf den Besitz einer fremden Sache, die vielleicht in der Praxis geschehen war, und die der Kaiser in jener Art und mit Bestimmung der Zeit auf ein Menschenalter genehmigte. Natürlich wurde kein rechtmäßiger Besitz, wie bei dem longum tempus, sondern nur die Versäumung der Klage während jener Zeit gefordert, es war also eine reine Klagverjährung. Später scheint eine Zeit von dreißig Jahren für hinreichend gehalten worden zu sein. [r] Diese Verjährung wurde auch auf die Klage wegen eines Colonus, der so lange außer dem Colonat gelebt hatte, angewandt, [s] aber ihre An-

---

q) L. 2 C. de praescr. XXX vel XL annorum (7, 39) L. 2 C. Th. de longi temp. praescr. (4, 13.)

r) Symmach. epist. V. 52.

s) L. 1—3 C. Th. de his qui conditionem (12, 19) von Honorius. Dreißig Jahre, wenn er in derselben Provinz, vierzig, wenn er in einer andern sich aufgehalten hat.

wendung auf persönliche Klagen wurde ausdrücklich untersagt.[t]) Dabei blieb es aber nicht, ein für das Institut der Klagverjährung höchst wichtiges Gesetz von Theodosius II 424 unterwarf mit sehr wenigen Ausnahmen alle Klagen, die bis dahin perpetuae gewesen waren, der Verjährung von dreißig Jahren.[u]) Die Zeit ist, wie schon bisher bei allen Verjährungen über ein Jahr, tempus continuum, aber auch die in integrum restitutio gegen den Ablauf der Zeit ist ausgeschlossen, nur daß für die Klagen der Unmündigen, solange sie unter Tutel sind, die Verjährung nicht laufen soll. Es fehlte nicht an Versuchen, das Gesetz durch willkührliche Interpretationen zu umgehen, schon Valentinian III fand sich 449 veranlaßt, seine Allgemeinheit von neuem einzuschärfen,[v]) aber noch Anastasius eifert gegen das Bestreben, durch mehr oder weniger scheinbare Auslegungen manchen Klagen gegen den Geist des Gesetzes die alte Unverjährbarkeit zu retten. Er verzweifelt an der Möglichkeit, diesen Versuchen durch unzweideutige Bestimmungen zu begegnen, und greift zu dem Auskunftsmittel, für alle die Fälle, wo man mit einigem Schein an der Anwendbarkeit der dreißigjährigen Verjährung zweifeln könnte, eine vierzigjährige vorzuschreiben, mit deren Ablauf dann aber ganz entschieden die Klage erloschen sein solle.[w]) Justinian schärft die Regel ein, daß alle Klagen, für die nicht eine kürzere Zeit festgesetzt ist, in 30 Jahren verjähren, und läßt nur zwei Ausnahmen zu, wo 40 Jahre nöthig sein sollen (die hypothekarische Klage gegen den Schuldner, und unter Umständen gegen einen nachstehenden Pfandgläubiger, und die Klagen, die schon einmal anhängig gemacht, aber nicht bis zum Urtheil durchgeführt worden sind),

---

t) Constantius u. Constans, L. 2 C. Th. de longi temp. pr. (4, 13.)

u) L. un. C. Th. de actionib. certo tempore finiendis (4, 14): Sicut in rem speciales (nach dem bisherigen Recht), ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur u. s. f. Mit einigen Veränderungen in den justinianischen Codex aufgenommen: L. 3 C. de pr. XXX ann. (7, 39.)

v) Nov. Valent. tit. 27: de triginta annorum praescriptione omnibus causis opponenda.

w) L. 4 C. de pr. XXX ann. (7, 39.) Anastasius selbst hat nachher wieder für unverjährbar erklärt die Ansprüche der Städte auf die zum Eintritt in ihre Curie verpflichteten Personen und die Steuerforderungen des Fiscus, L. 5. 6 C. eod.

auch nimmt er die Zeit, wo die Klage zu den Adventicien eines Filiusfamilias gehört, von der Rechnung aus.[x])

Durch diese allgemeine Einführung der Klagverjährung hat sich die Bedeutung der Ausdrücke temporales und perpetuae actiones, die man als herkömmlich beibehielt, geändert. Da die dreißig- und mehrjährige Verjährung die Klagen trifft, welche früher unverjährbar waren, so werden nun perpetuae actiones diejenigen genannt, die erst in dreißig oder mehr Jahren verjähren, der Ausdruck temporales actiones, der nun eigentlich auf alle Klagen passen würde, wird auf die beschränkt, die eine kürzere Verjährungszeit haben.

Der Ausdehnung des Instituts der Klagverjährung im neueren Recht liegt offenbar der Gedanke zu Grunde, daß die Vertheidigung gegen einen Anspruch desto schwieriger ist, je weiter seine Erhebung hinausgeschoben wird. Je länger ein Kläger mit der Anstellung seiner Klage zögert, desto günstiger gestaltet sich für ihn die Möglichkeit, daß das Gedächtniß einer etwa geschehenen Tilgung des Anspruchs oder sonstiger Einwendungen sich verliert, oder, was denselben Erfolg hat, daß die Mittel, wodurch sie bewiesen werden könnten, untergehen, während man auf der andern Seite annehmen muß, daß jeder, dem ein solcher Anspruch wirklich zusteht, ihn so bald als möglich geltend machen wird. Allerdings wird eine Verzögerung häufig in bloßer Unaufmerksamkeit und Nachlässigkeit des Klägers, nicht in einer bewußten Machination ihren Grund haben, aber es kann keinen Augenblick zweifelhaft sein, daß billigerweise ihm, nicht dem Beklagten, der Nachtheil, der aus diesem Mangel an Sorgfalt entspringt, zuzuweisen ist.

Darum trifft nun aber auch die Verjährung

1) nur die Rechtsmittel, welche selbstständig und ohne die Thätigkeit eines Andern vorauszusetzen gebraucht werden können, also die Klagen, nicht die Einreden, da die Geltendmachung eines

x) L. 1 C. de annali exc. (7, 40.) Nachher hat Justinian noch für solche Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, die außerdem unter die dreißigjährige Verjährung fallen würden, anfangs 100 Jahre, L. 23 C. de SS. eccles. (1, 2), später 40 Jahre als Verjährungszeit festgesetzt, Nov. 111. 131 cap. 6, für die Zurückforderung des in einem unerlaubten Spiel verlorenen 50 Jahre, L. 3 C. de aleat. (3, 43.)

Anspruchs durch Einrede stets von der Anbringung eines anderen Anspruchs durch den Gegner abhängt.[y])

2) Die Verjährung setzt eine entstandene Klage (actio nata) voraus, vor diesem Zeitpunkt kann sie nicht anfangen zu laufen, und sie wird durch das spätere Wegfallen ihrer Veranlassung unterbrochen. In einem gewissen Sinn ist die Klage vorhanden mit dem Recht, z. B. dem Eigenthum, der Obligatio, woraus sie entspringt. Aber dieß ist zur Verjährung noch nicht hinreichend, sie muß auch veranlaßt sein, erst dann ist sie eine actio nata. Dieß geschieht dadurch, daß das Recht des Klägers verletzt, also die Voraussetzung des Schutzgesuchs eingetreten ist. Die Verjährung einer Vindication setzt daher voraus, daß ein Anderer die Sache und zwar so besitzt, daß er dem Eigenthümer diesen Besitz vorenthält,[z]) und wenn er den Besitz verliert, so ist die Verjährung unterbrochen, und beginnt gegen den neuen Besitzer von neuem, wenn dieser nicht Successor des vorigen ist und somit den Besitz dieses nur fortsetzt.[aa]) Bei persönlichen Klagen muß nicht bloß die Obligatio existiren (daher z. B. bei einer bedingten die Verjährung nie vor der Existenz der Be-

---

y) L. 5 §. 6 D. de doli exc. (44, 4): Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est. Nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. Eine Anwendung der Verjährung auf Einreden könnte nur dadurch denkbar werden, daß man die Klagverjährung auf die Rechte selbst, z. B. auf die Obligationen bezöge, dann würden diese durch die Verjährung untergehen, und damit natürlich auch jedes Rechtsmittel, mit dem sie geltend zu machen sind. Aber dieß wäre eben eine ganz falsche Auffassung jenes Instituts. Der Untergang eines Rechts durch Ablauf einer gewissen Zeit, z. B. der Obligatio des sponsor ex lege furia, ist ein ganz anderes Rechtsinstitut (s. oben). So ist dem Aussteller eines Empfangscheins unter Umständen das Recht gegeben, denselben innerhalb einer gewissen Zeit als grundlos ausgestellt anzufechten, und dieß kann durch Klage, Verneinung der darauf gegründeten Klage, oder exceptio (non numeratae pecuniae) geschehen. Nach Ablauf jener Zeit geht dieses Recht unter, aber dieß ist keine Verjährung der Klage, der Negation, der Einrede, sondern eine Verjährung jenes Rechts selbst, unabhängig von diesen Rechtsmitteln.

z) Wenn daher der Andere als Pächter von dem Eigenthümer besitzt, so beginnt die Verjährung nicht, solange er nur den Besitz desselben ausübt, also der Eigenthümer ihn nicht verloren hat.

aa) Sogar wenn die Verjährung gegen den früheren schon vollendet war, kann sich der neue, der nicht sein Successor ist, nicht darauf berufen, L. 8 §. 1 C. de pr. XXX. ann. (7, 39.)

dingung beginnt), sondern der Schuldner muß durch Nichterfüllung das Recht des Gläubigers verletzt haben. Dieß setzt voraus, daß dies obligationis venit (§. 204 Note c),[bb]) und nicht außerdem noch die besondere Natur der Obligation eine Uebereinstimmung beider Parteien in den Aufschub der Leistung darbietet.[cc]) Darum wird denn auch die Verjährung unterbrochen, wenn der Schuldner irgend etwas gegenüber dem Gläubiger vornimmt, wodurch er dessen Forderung anerkennt, z. B. um Nachsicht bittet, Zinsen zahlt, ein Pfand bestellt u. s. f., und sie muß nach einem solchen Ereigniß ganz von neuem beginnen.[dd]) — Auch durch dieses Erforderniß ist die Anwendung der Klagverjährung auf Einreden ausgeschlossen, denn die exceptio ist erst nata in jenem Sinn durch die Anstellung der Klage. Sie kann verloren gehen durch Versäumniß ihrer Vorschützung in dem Stadium des Processes, welches dafür bestimmt ist, aber nicht durch den bloßen Ablauf eines Zeitraums.

3) Die Klage ist verjährt, wenn sie die ihr gesetzte Zeit hindurch nicht angestellt worden ist; durch die Anstellung innerhalb dieser Zeit wird die Verjährung gehindert. Es fragt sich nun, welcher Act bewirkt dieß? Der Umstand, daß die angestellte Klage im alten ordo iudiciorum die formula ist, die der Prätor giebt, führt uns auf die Litiscontestation (§. 172). Man drückt dieß gewöhnlich, aber nicht richtig, so aus: die Litiscontestation habe die Verjährung unterbrochen.[ee]) Aber die Litiscontestation consumirte das Klagerecht, und nahm also das Object der Verjährung hinweg; man kann dieß so wenig eine eigentliche Unterbrechung nennen, als z. B. die Befriedigung des Gläubigers. Der richtige Ausdruck ist: die L. C. macht die Verjährung (wie auch die Beschränkung der Klage auf das Leben des Beklagten oder des Klägers) unmöglich oder unschädlich,

---

bb) L. 3. 7 §. 4 C. eod. L. 1 §. 1 C. de ann. exc. (7, 40.)

cc) Wenn eine Sache deponirt worden ist, kann der Deponent nach Willkühr sie zurückfordern, daher kann man sagen: dies venit, solange er aber nicht die Zurückgabe will, verletzt der Depositar diese Forderung so wenig, daß er die Rückgabe vielmehr dem Contract gemäß unterläßt, daher beginnt die Verjährung der actio depositi erst von dem Augenblick an, wo der Depositar dem Willen des Deponenten gemäß die Sache hätte zurückgeben sollen und dieß nicht gethan hat. Vgl. L. 1 §. 22 D. depos. (16, 3.)

dd) L. 7 §. 5, L. 8 §. 4 C. de pr. XXX ann. (7, 39.)

ee) Unterholzner, Verjährungslehre I §. 124. Savigny, System V S. 316.

und so drücken sich auch die römischen Juristen aus.[ff]) Also um die Verjährung zu verhüten, ist Litis Contestatio nöthig,[gg]) das, was ihr vorhergeht, ist für sich nicht dazu hinreichend. Wahrscheinlich aber war es genügend, wenn nur bis zum Vadimonium oder bis zu der später eingeführten Litis Denuntiatio (§. 160) die Zeit nicht abgelaufen war, vorausgesetzt natürlich, daß die L. C. wirklich darauf folgte. Das Recht der vierten Periode hat (was schon früher bei dem Verfahren extra ordinem galt, sofern hier eine Klagverjährung vorkam) eine Unterbrechung der Verjährung durch das Anbringen der Klage in der damals geltenden Form (§. 184), vorausgesetzt, daß diese Anstellung durch Citation des Beklagten als eine wirksame sich bewährt, eingeführt.[hh])

Die Klagverjährung wurde früher in der Form einer Präscriptio (§. 171) geltend gemacht (praescriptio temporis, temporalis praescriptio), und davon ist dieser Name noch in späterer Zeit, als es keine Präscriptionen dieser Art mehr gab und jene Einrede die Form der exceptio erhielt, geblieben.[ii]) Die exceptio temporis ist eine exceptio perpetua oder peremtoria; nun giebt es zwei Classen solcher Einreden; die eine und zahlreichste macht das Recht völlig unwirksam, die andere trifft nur die Klage (tantum ab actione liberat), läßt also das Recht mit seinen sonstigen Wirkungen unberührt.[kk])

---

ff) L. 8 in f. D. de fideiuss. tut. (27, 7) L. 9 §. 3 D. de iureiur. (12, 2) L. 24 pr. D. de lib. causa (40, 12) L. 29 D. de novat. (46, 2.) Dieß tritt recht augenscheinlich hervor bei der Verjährung der in rem actio, der Ablauf der Zeit nach der L. C. ist unschädlich, weil alles nach der Zeit der L. C. beurtheilt wird, L. 10 C. de pr. longi temp. (7, 33), dasselbe gilt aber auch von der Usucapion, die gewiß durch die L. C. nicht unterbrochen wird, §. 239 Note x.

gg) L. 1 §. 2 D. de feriis (2, 12) L. 28 §. 4 D. de iudic. (5, 1.)

hh) L. 3. 7 pr. §. 5 C. de pr. XXX ann. (7, 39.) Justinian hat dem Kläger die Unterbrechung überdieß durch die Gewährung anderer Mittel, die unter Umständen die Klaganstellung ersetzen sollen, erleichtert, L. 2. 3 C. de ann. exc. (7, 40.) Er bezieht sich darauf in L. 5 C. de duob. reis. (8, 40.)

ii) Wenn schon in iure der Ablauf der Verjährungszeit klar und unbestritten war, so fiel natürlich praescriptio und exceptio weg, der Prätor verweigerte die Formel, deren Verleihung ohne Zweck gewesen wäre.

kk) Ganz oder theilweise, denn es giebt allerdings Einreden, die sich auch noch auf einige solche Wirkungen erstrecken; z. B. die exceptio S. C. macedoniani befreit den filiusfamilias von der Klage aus einem ihm gegebenen Gelddarlehen, sie erstreckt sich aber auch auf alle andern Mittel, ihn direct oder indirect zur Zahlung zu nöthigen, so auf die Klage aus dem für das Darlehen

Zu welcher dieser Classen gehört die exceptio temporis? Ihrer Begründung nach bezieht sie sich nur auf die Klage, sie setzt nur die Nichtanstellung der Klage während der Verjährungszeit voraus, es wäre daher eine rein willkührliche Bestimmung, wenn sie ihre zerstörende Kraft auch auf andere, von der Klage an sich unabhängige Wirkungen des Rechts erstreckte. Die Frage ist also: hat das römische Recht, durch eine singuläre Vorschrift, der Klagverjährung diese über ihre eigentliche Natur hinausgehende Wirkung beigelegt? Bei der in rem actio ist dieß nicht einmal möglich; würde man eine Aufhebung des Eigenthums selbst als Folge der Klagverjährung anannehmen, so bliebe nur folgende Alternative: entweder geht das Eigenthum auf den Besitzer über, dann hat die Klagverjährung aufgehört, dieses zu sein, und ist eine Ersitzung geworden, oder man hält den Begriff der Klagverjährung fest, dann wäre die Folge des Eigenthumsverlustes von Seiten des Klagberechtigten, daß die Sache herrenlos würde; da nun diese doch wieder dem Besitzer als Occupanten zufiele, so wäre es auch hier eine Sinnlosigkeit, Klagverjährung und Ersitzung ferner zu unterscheiden. Die Frage wird also auf die persönlichen Klagen zu beschränken sein, für diese müßte das römische Recht aus irgend einem besonderen Grund das festgesetzt haben, was der Natur des Instituts fremd, und bei der in rem actio ohne seine Aufhebung selbst sogar undenkbar ist. Eine solche Vorschrift findet sich nun nirgends.[ll]) Dessenungeachtet fehlt es nicht an Solchen, welche behaupten, durch die Verjährung der Klage werde die Obligatio ganz wirkungslos.[mm]) Meistens wird die Frage unerheblich sein, da die sonstigen Wirkungen, die nach der richtigen Ansicht fortdauern, ihrer Natur nach von dem Zusammentreffen besonderer Umstände abhängen, und wo diese nicht eintreten, gar nicht zum Vorschein kommen. Solche Wirkungen sind: 1) der Schuldner, der nach abgelaufener Verjährung zahlt, kann das Gezahlte nicht als

---

bestellten Pfandrecht, auf die Klage gegen den Bürgen, sofern sie jenen Erfolg haben würden.

ll) Man muß sich hüten, die Stellen, welche von einer Befreiung des Schuldners durch Zeitablauf sprechen, z. B. L. 25 §. 1 D. ratam rem hab. (46, 8) L. 38 §. 4 D. de solut. (46, 3) u. a., ohne weiteres auf die Klagverjährung zu beziehen, wie es von Vertheidigern beider hier möglicher Ansichten mehrfach irrthümlich geschehen ist.

mm) Am sorgfältigsten hat diese unrichtige Ansicht ausgeführt Büchel, über die Wirkung der Klagverjährung, civilr. Erört. I 1 u. II S. 255—264.

ein indebitum zurückfordern, da er es doch noch schuldete, wenn er auch nicht klagweise zur Zahlung angehalten werden konnte.;[nn]) 2) der Gläubiger kann die Forderung nach verjährter Klage durch Exceptio gegen eine Klage seines Schuldners, z. B. durch Compensation geltend machen;[oo]) 3) das für die Forderung bestehende Pfandrecht, welches mit ihr untergeht, dauert fort, wenn die Klage aus der Forderung verjährt ist;[pp]) eben so ist eine Verpfändung nicht darum ungültig, daß sie nach dem Ablauf der Klagverjährung geschieht.[qq])]

CCIX. Der Schutz der Rechte, welcher die ordentliche Aufgabe der Gerichte ist, und der durch die gerichtlichen Angriffs- und Ver-

---

nn) Dieß ist die unbedenklichste Wirkung, die auch die Anhänger der entgegengesetzten Meinung annehmen könnten, ohne diese im übrigen aufzugeben. Denn diese Zurückforderung ist zuweilen ausgeschlossen, wo in der That keine Obligatio bestand, z. B. wenn die Repetitio eine sittliche Pflicht verletzen würde, L. 32 §. 2 D. de cond. indeb. (12, 6.)

oo) A. ist B. 1000 schuldig, einige Zeit nachher wird B. dieselbe oder eine größere Summe dem A. schuldig. B. klagt seine Forderung nicht ein, weil er voraussieht, daß A. ihm die Compensation entgegensetzen und er daher mit seiner Klage abgewiesen werden wird, in der That bedarf er der Klage nicht, um befriedigt zu werden, da er so viel zahlen muß, als er zu empfangen hat, er läßt sie verjähren. So lange hat A. mit seiner Klage gewartet, er stellt sie, die noch nicht verjährte, jetzt an. Nach der entgegengesetzten Meinung müßte B. schlechthin condemnirt werden, nach der richtigen kann er noch immer seine Gegenforderung im Wege der Exceptio in Abrechnung bringen.

pp) Die Erhaltung dieser Wirkung der Obligatio ist unzweideutig in unseren Quellen ausgesprochen, indem der hypothekarischen Klage gegen den Schuldner eine anfangs ewige, dann vierzigjährige Dauer gegeben ist, während die persönliche Klage in dreißig Jahren verjährt, L. 7 pr. §. 1 C. de pr. XXX ann. (7, 39.)

qq) Von sonstigen Wirkungen einer Obligatio außer der Klage sind noch zu erwähnen das Constitutum und die Adpromissio, die beide eine bestehende Obligatio voraussetzen. Aber daß die Verbindlichkeit aus dem Constitutum fortdauert, wenn die Klage aus der constituirten Obligatio verjährt ist, entscheidet nichts, da sie auch durch einen wirklichen Untergang der letzten, außer der Befriedigung des Gläubigers, nicht untergeht, L. 18 §. 1. 3, L. 19 §. 2, L. 20 D. de pec. const. (13, 5.) Die Frage ist also nur die, ob ein Constitutum gelte, wenn der Vertrag nach abgelaufener Verjährung geschlossen wird. Besondere Schwierigkeiten hat, nicht das Princip selbst, aber die Anwendung desselben bei der Adpromissio: Einfluß der Klagverjährung gegen den Hauptschuldner auf die Gültigkeit oder Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen. Die Frage würde ein näheres Eingehen in die Natur dieses Rechtsverhältnisses fordern, als hier am Ort wäre.

theidigungsmittel (Klagen und Einreden) herbeigeführt wird, hat nicht den Zweck, die Rechte selbst zu verändern, sondern sie anzuerkennen, aufrecht zu erhalten, und ihre Ausübung herzustellen. Die Veränderungen, die dabei mit den Rechten vorgehen, haben, soweit sie wirklich durch das Recht beabsichtigt sind, im Grunde nur einen formellen Charakter, der wesentliche Gehalt der Rechte soll nicht verändert werden, und sofern wirklich eine materielle Veränderung mit ihnen durch das Institut des ordentlichen Rechtsschutzes eintritt, so ist dieß eine unwillkührliche, nur nicht völlig auszuschließende Folge.

So ist oben bemerkt worden, daß in der Anhängigmachung des Rechtsstreits und in der Unterwerfung der Rechte unter das richterliche Urtheil eine Umgestaltung derselben liegt, aber die Absicht ist nicht, das Recht des Klägers und des Beklagten materiell zu ändern, jedem soll vielmehr das werden, was wesentlich in seinem Recht liegt. Wenn ferner das ipso iure bestehende Recht durch eine entgegenstehende exceptio entkräftet wird, so erleidet es allerdings im Weg des Rechtsschutzes eine wesentliche Modification, aber doch betrifft auch diese im Grunde nur die Form, das Recht, welches durch die entgegenstehende Exceptio wirkungslos wird, bestand zwar, aber nur formell; wird der Gläubiger, dessen Forderung ipso iure aufgehoben war, durch den Richter abgewiesen, so geht mit seinem Recht durch den Proceß selbst keine Veränderung vor, weder materiell noch formell, hebt dagegen ein Umstand die Forderung nur ope exceptionis auf, so daß sie ipso iure noch besteht, so ist dieses Dasein doch nur ein formelles, materiell muß der Schuldner, solange er die Exceptio hat, eben so gut als befreit betrachtet werden, als wenn der Umstand ipso iure wirkte.[a]) Wenn sodann der Rechtsschutz selbst beschränkt und dadurch die Rechte in ihrer Wirkung gemindert werden, wie durch die Klagverjährung, so ist es auch hier in der That die Sicherheit und Aufrechterhaltung des wirklichen Rechts, die dadurch befördert werden soll, und wenn jemand in Folge jenes Instituts einen Anspruch, der ihm wirklich gebührt, durch seine Unthätigkeit verliert, so ist dieß ein Erfolg, der nicht eigentlich beab-

a) L. 66 D. de R. I. (50, 17): desinit debitor esse is, qui nanctus est exceptionem iustam nec ab aequitate naturali abhorrentem. L. 112 eod.: nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.

sichtigt, sondern nur ein nothwendiges Opfer ist, das den wahren Zwecken jener wohlthätigen Einrichtung gebracht werden muß. Endlich kann eine materielle Rechtsänderung die Folge des gerichtlichen Verfahrens dadurch sein, daß ein ungerechtes Urtheil gesprochen wird, natürlich aber kann dieß nicht dem Institut des rechtlichen Schutzes selbst, sondern nur der, bis auf einen gewissen Grad unvermeidlichen, Unvollkommenheit seiner Ausführung zur Last gelegt werden.

Es giebt indessen einen außerordentlichen Schutz, der geradezu die Absicht hat, die bestehenden Rechtsverhältnisse abzuändern, verlorene Rechte wiederherzustellen, vorhandene aufzuheben. Dieß ist die in integrum restitutio oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Während das sonstige gerichtliche Verfahren dazu bestimmt ist, die Rechte gegen Verletzungen, gegen das Unrecht, das der Einzelne verübt, zu schützen, so soll diese außerordentliche Hülfe ein Unrecht entfernen, welches eine Folge der strengen Anwendung des Rechts selbst ist, ein Unrecht also im höheren Sinn, welches uns in der Gestalt des Rechts selbst begegnet, ein Zustand, der zwar mit den Vorschriften des bestehenden Rechts, wie sie eben sind und vielleicht auch ohne Nachtheil für das Ganze nicht anders sein können, nicht in Conflict steht, gegen den aber der wahre Gerechtigkeitssinn sich auflehnt. Dem nicht völlig auszuschließenden Nachtheil, daß das Recht in seiner Anwendung auf die individuellen Fälle zuweilen in ein wirkliches Recht umschlägt, soll durch jenes Mittel abgeholfen werden.

Die processualische Seite dieses Instituts ist im dritten Buch (§. 177) dargestellt worden; dieß konnte nicht geschehen, ohne dort schon die Natur und den Begriff desselben zu entwickeln. Hier soll noch näher von den materiellen Erfordernissen die Rede sein.

Das erste dieser Erfordernisse ist ein Nachtheil (Läsion), den jemand durch das Recht erlitten hat. Darin liegt 1), daß ihm das ordentliche Recht nicht selbst eine Hülfe dagegen gewährt, denn in diesem Fall ist er nicht durch das Recht verletzt. [b]) Wenn daher ein Unmündiger ohne seinen Tutor ein ihn verpflichtendes Rechtsgeschäft vorgenommen hat, so ist die Restitution undenkbar, da das Geschäft

---

b) L. 16 D. de minor. (4, 4): — si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.

nicht zu Recht besteht; eben so, wenn jemand in einem Vertrag so übervortheilt ist, daß ihm gegen die Geltendmachung desselben die exceptio doli zusteht; 2) daß der Nachtheil nicht ein außer dem Bereich des Rechts, außer Causalzusammenhang mit dem eingegangenen juristischen Verhältniß, also daß er nicht ein rein zufälliger sei, wie z. B. wenn eine Erbschaft angetreten worden wäre, bei der damals die Activa die Passiva weit überstiegen, nachher aber durch nicht vorherzusehende und unvermeidliche Verluste das Verhältniß sich umgekehrt hat;[c]) 3) daß der Verletzte sich nicht durch eine tadelnswerthe Handlungsweise den Nachtheil selbst zugezogen hat, denn auch hier kann er nicht dem Recht die Schuld seines Verlustes beimessen.[d])

Das zweite Erforderniß ist die Existenz einer iusta causa, eines Grundes, der es zu einer Forderung der höheren, über die Gränzen des strengen Rechts hinausgehenden Gerechtigkeit macht, eine Hülfe zu gewähren. Dieser Restitutionsgrund muß in dem Verhältniß zur Läsion stehen, daß er sie hervorgebracht hat.[e]) In dieser Beziehung zerfallen die Restitutionen in zwei Classen: die eine bildet die Restitution der Minderjährigen, die andere enthält die Restitutionen, die von diesem Alter unabhängig sind, also den Großjährigen zu Theil werden können.[f])

Wenn ein minor xxv annis, den das Recht als eine vollkommen handlungsfähige Person anerkennt, und dem es auch die eigene Verwaltung seines Vermögens nicht ohne seinen Willen entzieht (da er keinen Curator wider seinen Willen erhält), durch die Unerfahrenheit und den leichten, momentanen Eindrücken geöffneten Sinn — die natürlichen, und darum nicht tadelnswerthen Begleiter des jugendlichen Alters —, in rechtlichen Nachtheil geräth, so will der Prätor, ohne hier nach einem andern Grund zu fragen (wenn auch nicht ohne Ausnahme) ihn in integrum restituiren.[g]) Auf diese Weise sollte die Collision des Rechts, welche den Minderjährigen in die Reihe

---

c) L. 11 §. 4. 5 D. eod.

d) L. 16 D. ex quib. caus. mai. (4, 6.)

e) L. 44 D. eod. L. 11 §. 4 D. de minor. (4, 4.)

f) Eine Zusammenstellung der Gründe enthalten L. 1. 2 D. de in integrum rest. (4, 1) Paulus sent. I. 7: de integri restitutione §. 2.

g) Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit animadvertam, L. 1 §. 1 D. de minorib. (4, 4.)

der selbstthätig in den rechtlichen Verkehr eingreifenden Personen stellt, mit der Natur, die ihnen die factische Fähigkeit dazu nicht vollkommen gewährt, ausgeglichen werden. Zuerst ist dem Alter unter 25 Jahren eine juristische Bedeutung gegeben worden durch die Lex Plätoria,[h]) weßhalb die maior aetas von den römischen Juristen schlechtweg legitima aetas genannt wird. Die Zeit des Gesetzes wird nicht angegeben, doch muß es schon in der Mitte des sechsten Jahrhunderts bestanden haben,[i]) und es ist wahrscheinlich, daß es nicht viel früher gegeben worden ist: der Charakter des Gesetzes entspricht jener Zeit, und auch die Anspielungen des Plautus passen vorzugsweise auf ein Gesetz, das seit kurzem einer gewissen Classe von Leuten, deren Treiben dadurch gestört wurde, viel zu reden gab. Das Gesetz schrieb vor, daß die Uebervortheilung eines Minderjährigen eine öffentliche Anklage gegen den Betrüger zur Folge haben sollte, mit der Wirkung der Infamia für den Verurtheilten.[k]) Natürlich wurde der Minderjährige auch gegen die Wirkungen des Rechtsgeschäfts in Schutz genommen, in dem er übervortheilt worden war, er konnte der Klage durchaus den Einwand entgegenstellen, den Plautus (Note i) erwähnt, und der noch in einer Stelle des Paulus vorkommt.[l]) Die Prätoren nun nahmen den Schutz, den das Gesetz den Minderjährigen gab, auf, aber sie giengen noch viel weiter; während die Lex Plätoria einen Dolus des Gegners voraussetzt, erklärten sie den Erfolg selbst, die Benachtheiligung des minor durch ein Rechtsgeschäft, für hinreichend, ihm unter Umständen in dem außerordentlichen Weg der in integrum restitutio Anspruch auf Hülfe zu geben.

Ein zweiter Grund der Restitution, den die römischen Juristen unter der Rubrik: ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur behandeln, ist die Abwesenheit.[m]) Der Prätor

h) L. 2 C. Th. de donat. (8, 12): — annos plaetoriae legis egressus —.

i) Plautus (gest. 570) meint es ohne Zweifel im Pseudolus I. 3, 69: lex me perdit quina vicenaria, metuunt credere omnes. Auch im Rudens V. 3, 24 sqq. bezieht er sich darauf: cedo qui cum habeam iudicem, ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti annos natus.

k) Cic. de nat. deor. III. 30, offic. III. 15. Lex iulia munic. (tab. heracl. Z. 111 f.)

l) L. 7 §. 1 D. de except. (44, 1.)

m) Das Edict steht in L. 1 §. 1 D. ex quib. caus. (4, 6.)

verspricht die Restitution dem, 1) der aus begründeter Furcht oder in öffentlichem Dienst (reipublicae causa) abwesend, oder im Gefängniß, im Zustand der Knechtschaft, in feindlicher Gewalt war, und durch dieses Hinderniß ein Recht verloren oder versäumt hat; 2) der dadurch, daß sein Gegner, ohne einen Defensor zu haben, abwesend, oder im Gefängniß war, oder sich verborgen hielt, oder weil derselbe nicht wider Willen in ius vocirt werden konnte, etwas versäumt oder verloren hat (z. B. durch Usucapion von Seiten desselben); 3) dem ein Hinderniß in der Person des Magistrats einen solchen Verlust zugezogen hat; 4) der Prätor behält sich vor, noch aus andern Gründen zu restituiren.[n]) Die letzte allgemeine Clausel bezieht sich zunächst auf andere Fälle der Abwesenheit, außer den speciell aufgezählten, wofür die Regel gegeben wird, daß jede nicht freiwillige einen Grund abgeben kann, und auch eine freiwillige, wenn dem Abwesenden keine Nachlässigkeit in der Bestellung eines Procurators, wodurch der Verlust hätte verhütet werden können, zur Last fällt, vorausgesetzt, daß diese Abwesenheit auf löblichen Motiven beruht;[o]) sie wurde aber auch auf andere unfreiwillige Hindernisse, wodurch die Ausübung eines Rechts versäumt worden ist, angewendet.[p])

Wenn jemand durch Drohung (vis ac metus) zu einer ihm nachtheiligen Handlung vermocht worden ist, so ist die Handlung nicht nichtig: quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.[q]) Aber es wäre contra bonos mores, ein solches Geschäft aufrecht zu erhalten. Ist durch den Zwang die Abschließung eines bonae fidei negotium veranlaßt, so liegt eine Hülfe schon in der rechtlichen Natur des Geschäfts, der Richter kann den Gezwungenen nicht condemniren.[r]) Anders wenn der Zwang die Aufhebung

n) Diese generalis clausula lautet a. a. O. so: item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebiscita senatusconsulta edicta decreta principum licebit. (Valerius Probus: I. C. E. V. iusta causa esse videbitur. R.)

o) L. 26 §. 9, L. 28 pr. §. 1 D. ex quib. caus. mai. (4, 6.) Auch auf Wahnsinnige, infantes und juristische Personen hat schon Labeo die Restitution wegen Abwesenheit angewendet, so daß diese als juristisch abwesend gelten, L. 22 §. 2 eod.

p) L. 1 §. 9 D. de itin. (43, 19.)

q) L. 21 §. 5 D. quod metus causa (4, 2).

r) L. 116 pr. D. de R. I. (50, 17.)

einer Obligation (auch einer bonae fidei obligatio),[s]) oder die Vornahme eines andern Geschäfts bewirkt hat,[t]) hier interponirt sich der Prätor.[u]) Er giebt gegen jeden, der das metus causa gestum geltend macht (z. B. die erzwungene Stipulation, den erzwungenen Erbschaftsantritt), die exceptio metus,[v]) ist aber dem Gezwungenen schon etwas entgangen, so steht ihm die actio quod metus causa zu auf Ersatz, und wenn der Beklagte nicht auf das arbitrium iudicis restituirt, auf das Vierfache; auch sie ist in rem scripta, sie geht nicht bloß gegen den Zwingenden, sondern auch gegen einen dritten Inhaber des abgezwungenen Gegenstandes;[w]) oder er erhält die durch das erzwungene Geschäft verlorenen Klagen als utiles oder restitutoriae.[x])

Der Umstand, daß jemand bei der Vornahme eines Geschäfts betrogen worden ist, schützt ihn gegen die daraus abgeleiteten Ansprüche des Betrügers in einem bonae fidei iudicium. In andern Fällen (mit wenigen Ausnahmen, z. B. nach der Lex Plätoria) gewährte das Jus civile keine Hülfe.[y]) Der Prätor aber schützte den Betrogenen auch in einem strictum iudicium gegen den Betrüger durch die exceptio doli,[z]) und wenn ihm etwas schon entgangen

---

s) L. 21 §. 4 D. quod metus causa (4, 2).

t) Z. B. Antritt oder Repudiation einer Erbschaft, L. 21 §. 5. 6 D. eod., oder eine Stipulation, eine Eigenthumsübertragung ꝛc., L. 9 §. 2 sqq. eod.

u) Das Edict lautet: quod metus (ursprünglich quod vi metusve) causa gestum erit, ratum non habebo, L. 1 pr. D. eod.

v) L. 9 §. 3 D. eod. Sie ist in rem: si in ea re nihil metus causa factum est (ohne den Zusatz ab actore), es ist genug, daß der Kläger seinen Anspruch aus der erzwungenen Handlung ableitet, wenn er auch an dem Zwang selbst ganz unschuldig ist, L. 4 §. 33 D. de doli m. et metus except. (44, 4.)

w) L. 9 §. 8, L. 14 §. 1—4 D. quod metus (4, 2.) Cicero (Verr. III. 65. Vgl. ad Q. fratr. I. 1, 7) nennt diese Klage: quod per vim aut metum abstulisset, die formula octaviana. (Ein Consul L. Octavius kommt 679, ein anderer Cn. Octavius 678 vor. Gewöhnlich hält man erstern für den Urheber. Das Vierfache und die Ausdehnung gegen Dritte ist den leges repetundarum entlehnt, in welchen ein caput: quo ea pecunia pervenerit schon seit der lex servilia stehend war. Vgl. Rudorff, über die octavianische Formel, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XII. 3. N.) Ob diese Rechtsmittel, exceptio und actio quod metus causa, noch wahre Restitutionen genannt werden können, darüber s. §. 177.

x) L. 9 §. 4. 6, L. 21 §. 6 D. quod metus c. (4, 2).

y) Cic. offic. I. 10. III. 15.

z) L. 1 §. 1, L. 2 §. 1 D. de doli exc. (44, 4.) Ulpian (L. 4 §. 33 eod.) nennt einen Prätor Cassius, der diese Exceptio proponirt habe noch ohne die

war, das durch kein anderes Rechtsmittel wieder erlangt werden konnte, durch die actio doli;[aa]) kann indessen durch einfache Aufhebung eines Umstands oder Herstellung einer verlornen Klage geholfen werden, so wird dieser Weg vorgezogen.[bb])

Ein Thun oder Unterlassen kann durch ignorantia oder error (Nichtwissen oder Falschwissen eines Umstands, der auf unsere Handlung von Einfluß ist) veranlaßt, und dadurch ein rechtlicher Nachtheil für den Irrenden oder Unwissenden entstanden sein. Ein Irrthum ist auch mit dem Betrug verknüpft, denn dieser ist die absichtliche Hervorbringung oder Benutzung des Irrthums eines Andern zu einem rechtswidrigen Zweck; wir sprechen hier von dem Irrthum, welcher von dem Dolus eines andern unabhängig ist. In gewissen Fällen befreit der Irrthum von dem Nachtheil, der daraus entstehen könnte, vermöge gemeiner Rechtsvorschrift, wie wenn eine Frist, auf welche eine Handlung beschränkt ist, nicht laufen soll, wenn die Person nicht von den Thatsachen, die sie zu der Handlung berechtigen, unterrichtet ist,[cc]) oder wenn das Recht dem Irrenden eine Klage giebt, um das Verlorene wieder zu erlangen, z. B. die condictio indebiti dem, der etwas gegeben hat, was er irrig glaubte schuldig zu sein. Wo nun dieß nicht der Fall ist, da kann die außerordentliche Hülfe der in integrum restitutio eintreten (ob iustum errorem), vorausgesetzt nämlich, daß die Hülfe als eine dringende Forderung der höheren Gerechtigkeit erscheint. So wenn jemand durch ein Geschäft mit einem Pupillen unter Mitwirkung eines angeblichen Tutor, der es wirklich nicht war und das Geschäft daher nicht bestätigen konnte, in Nachtheil gekommen ist,[dd]) ebenso in einigen

---

exceptio metus, die erst später hinzugekommen sei. (Daraus folgt aber nicht, daß Cassius der Erfinder war. Schon Q. Mucius proponirte als Statthalter von Asien eine ähnliche exceptio gegen Klagen aus verdächtigen syngraphae, Cic. ad Att. VI. 1. Ja schon Plautus kennt eine Sponsion wegen Dolus des Klägers, §. 170 Note q. R.)

aa) Dieses iudicium de dolo malo hat zuerst Aquilius 688 proponirt, s. Bd. 1 §. 97 S. 376 f. Das Edict lautet so: quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et iusta causa, esse videbitur, iudicium dabo, L. 1 §. 1 D. de dolo malo (4, 3). (Valerius Probus: D. M. F. V. C. C. = dolo malo fraudisve causa commissa. R.)

bb) L. 7 §. 1 D. de in int. rest. (4, 1) L. 33 D. de re iud. (42, 1.)

cc) Z. B. L. 2 pr. D. quis ordo (38, 15).

dd) Das Edict lautet so: Quod eo tutore auctore, qui tutor non fuerit.

andern Fällen;[ee]**) mehr als bei andern wird dieser Restitutionsgrund wirksam bei solchen Personen, deren Name oder Beruf eine** Unwissenheit in gewissen Sphären mit sich bringt, so bei Frauenspersonen, [ff]) bei Soldaten, [gg]) endlich bei Personen eines Standes und Berufs, der den Mangel an hinreichender Bildung überhaupt (rusticitas) entschuldigt. [hh]) Als Regel ist stets festzuhalten, daß der Irrthum, durch den sich jemand hat zu einer Handlung oder Unterlassung verleiten lassen, die Rechtsbeständigkeit des daraus hervorgegangenen Zustandes nicht beeinträchtigt, und daß auch durch Restitution nur in den dringendsten Fällen, wo ihre Versagung eine Ungerechtigkeit wäre, geholfen werden kann. [ii]) Ueberdieß setzt die Restitution, auch wo sie eintreten kann, stets voraus, daß der Irrthum entschuldbar (tolerabilis) ist. Nicht entschuldigt wird der error iuris, die Nichtkenntniß eines Rechtssatzes, welcher Rechtskundigen unzweifelhaft ist, und für jeden Andern durch die Möglichkeit der Belehrung es werden kann. Nur wird unter Umständen den Frauen, Soldaten und Ungebildeten ein Rechtsirrthum nachgesehen. [kk]) Entschuldbar kann sein der error facti, die Nichtkenntniß einer Thatsache, [ll]) aber auch dieser ist es nicht, wenn er eine tadelnswerthe Nachlässigkeit oder ungewöhnliche Unwissenheit zur

---

(gestum esse dicetur,) si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem, L. 1 §. 1. 6 D. quod falso tutore (27, 6).

ee) Z. B. L. 1 §. 17 D. de separat. (42, 6) L. 2 D. de confess. (42, 2) Gai. IV. 53 u. a.

ff) Früher in ausgedehnterem Maße, L. 3 C. Th. de integri rest. (2, 16), später beschränkt, L. 13 C. de iuris et facti ignor. (1, 17.)

gg) Abgesehen davon, daß sie als rei publicae causa absentes die Restitution wegen Abwesenheit haben können.

hh) L. 1 §. 5 D. de edendo (2, 13).

ii) So ist namentlich bei der Klagverjährung die Kenntniß des Klägers von der Zuständigkeit der Klage unerheblich, die Verjährung beginnt nicht erst von der Zeit seiner Kenntniß, und dieß gilt mit sehr wenigen Ausnahmen auch von dem utile tempus. Aber auch eine Restitution der verjährten Klage auf den bloßen Irrthum hin ist nicht gestattet.

kk) L. 2. 9 pr. §. 1 D. de iuris et facti ign. (22, 6.)

ll) L. 1. 9 pr. D. eod. Wer z. B. eine Person für den Tutor des Pupillen hält (Note dd), ungeachtet er sehr wohl weiß, daß sie dazu weder durch Gesetz, noch Testament, noch durch die Obrigkeit berufen ist, indem er meint, die Tutel könne noch auf andere Art entstehen, befindet sich in einem error iuris und erhält keine Restitution. Glaubte er dagegen fälschlich, der angebliche Tutor sei wirklich auf irgend eine gesetzmäßige Weise berufen, so ist dieß ein factischer Irrthum.

Quelle hat.[mm]) So wird daher ein error iuris zuweilen zu entschuldigen, ein error facti zuweilen unentschuldbar sein.[nn])

Das Institut der in integrum restitutio ist ein unentbehrliches, auch bei der vollkommensten Ausbildung des Rechts nach der Seite der individuellen Bedürfnisse hin wird noch stets ein Raum für jene außerordentliche Hülfe übrig bleiben. Zugleich aber läßt sich nicht verhehlen, daß ein allzuhäufiges und freies Eingreifen in die bestehenden rechtlichen Zustände auf diesem Wege die Sicherheit des Rechts erschüttern und die Wohlthat der rechtlichen Ordnung schmälern oder vernichten würde. Dieser Gefahr soll eine möglichst bestimmte Theorie des Instituts selbst vorbeugen, aber auch gewisse besondere Beschränkungen sind in diesem Sinn festgesetzt worden.

So sind eine Reihe von Fällen ausgenommen, in welchen keine Restitution, auch wenn die sonstigen Erfordernisse vorhanden wären, stattfinden soll. Die wichtigste dieser Ausnahmen bildet die dreißig- und mehrjährige Verjährung. Bei der kürzeren ist die Restitution gegen ihren Ablauf, eine geeignete iusta causa vorausgesetzt, zulässig.[oo]) Bei der Einführung jener Verjährung entnahmen sie die Gesetzgeber, da durch eine so lange Zeit für jedes Interesse des Klägers gesorgt war, wie billig der Restitution, sie wollen, daß der Beklagte nun auch völlig und unter allen Umständen gegen die Klage sicher sein soll.[pp])

Eine zweite Beschränkung liegt darin, daß die Restitution innerhalb einer gewissen kurzen Zeit gesucht werden muß, durch deren Ablauf der Anspruch darauf und die Möglichkeit, die Veränderung des Rechtszustandes dadurch zu bewirken, verloren geht. Diese Zeit ist nach dem vorjustinianischen Recht ein annus utilis, sie beginnt bei Minderjährigen mit dem Zeitpunkt der Volljährigkeit,[qq]) bei Abwesenden mit der Rückkehr,[rr]) in den übrigen Fällen muß nach

---

mm) L. 3 §. 1, L. 6. 9 §. 2 D. eod., L. 4 D. quod vi (43, 24): — ne melioris conditionis sint stulti quam periti.

nn) Die Lehre vom Irrthum in ihrem ganzen Umfang hat auf ihre wahre Gestalt zurückgeführt Savigny, System III Beil. VIII.

oo) Die Restitution wegen Minderjährigkeit fällt weg, seit Justinian verordnet hat, daß den minores die Verjährung unter dreißig Jahren ipso iure nicht laufen soll, L. 5 C. in quib. caus. i. i. r. necessaria non est (2, 41).

pp) L. 3. 4 C. de pr. xxx ann. (7, 39) vgl. den Schluß der L. 5 C. cit.

qq) L. 19 D. de minor. (4, 4.)

rr) L. 1 §. 1 D. ex quib. c. mai. (4, 6) L. 5 C. eod. (2, 54.)

Analogie der Klagverjährung der Moment, wo die Restitution veranlaßt ist, also die Läsion selbst, ohne Rücksicht auf die Kenntniß des Berechtigten, als Anfang angenommen werden. Constantin verordnete, daß Minderjährige die Restitution in Rom bis zum vollendeten dreißigsten Jahr ihres Alters, im übrigen Italien bis zum Schluß des neunundzwanzigsten, in den Provinzen bis zum zurückgelegten achtundzwanzigsten haben sollten.[ss]) Dieses Gesetz hob Justinian auf, und setzte für alle Restitutionen an die Stelle des annus utilis ein quadriennium continuum, das übrigens bei der Restitution wegen Minorennität und Abwesenheit (bei den andern verstand sichs von selbst) von demselben Zeitpunkt, wie der annus utilis, beginnen soll.[tt])

---

ss) L. 2 C. Th. de integri rest. (2, 16.)
tt) L. 7 C. de tempor. in int. rest. (2, 53.)

Zweites Kapitel.

Von dem Recht der Persönlichkeit.

Voraussetzungen.

CCX. Die Persönlichkeit des Menschen ist ein Recht, das ihm zusteht (§. 207). Die Verletzung des Rechts kann ein absolutes Unrecht, ein Delict, sein, aber auch ein relatives, unter dem Schein des Rechts bestehendes (vgl. Bd. I S. 62 f.). Das Letztere setzt voraus, daß einem Menschen mit dem Schein des Rechts die Persönlichkeit bestritten werden kann, die Persönlichkeit überhaupt oder ein gewisser Grad derselben, daß also ihr Gegensatz im Recht anerkannt sei, mit andern Worten, daß die Persönlichkeit oder ein gewisser Grad derselben nicht nothwendig allen Menschen zukomme. Beides ist nach römischem Recht der Fall. Von den Rechtsmitteln, mit denen die Persönlichkeit angefochten, und durch die sie auf der andern Seite geltend gemacht werden kann, wird am Ende dieses Kapitels gehandelt werden.

Das Recht der Persönlichkeit setzt im allgemeinen zweierlei voraus: die Existenz 1) eines Subjects, dem die Persönlichkeit beigelegt ist, 2) einer Rechtsvorschrift, die sie ihm gewährt.

Das Subject ist der Mensch, die Existenz des menschlichen Individuums ist daher ein wesentliches Erforderniß für die Entstehung des Rechts der Persönlichkeit. Eine Person entsteht erst mit der Geburt, vor derselben hat der Mensch noch kein selbstständiges Dasein, er ist ein Theil der Mutter,[a]) das Kind muß nach der Trennung

---

a) L. 1 §. 1 D. de inspic. ventre (25, 4): — partus antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.

von der Mutter gelebt haben,[b]) und menschliche Gestalt tragen.[c]) Auch die momentane Existenz einer Person kann in den Rechtsverhältnissen eine bedeutende Aenderung bewirken, z. B. ein nachgebornes Kind, welches in dem Testament des Vaters präterirt ist, vernichtet es in dem Moment, wo es als Person zum Dasein kommt, wenn es auch gleich im nächsten Augenblick stirbt. Die Proculianer, die überhaupt diese Vernichtung des Testaments, wo sie für den Präterirten selbst kein Interesse hat, einzuschränken suchten,[d]) erschwerten den Beweis einer lebendigen Geburt durch das Erforderniß des Schreiens, jeden andern Beweis des Lebens eines bald nach der Geburt todten Kindes hielten sie für unzuverlässig.[e]) Unzweifelhaft dagegen ist es, daß eine Fehlgeburt, abortus, keine Person zum Dasein bringt,[f]) ein Abortus ist es aber auch, wenn das unreife Kind bei der Geburt und einige Zeit nachher gelebt hat, ohne doch den Grad der Ausbildung zu haben, der zu einem selbstständigen Leben außer der Mutter wesentlich gehört. Uebrigens, wenngleich zur Entstehung einer Person die Geburt in der festgestellten Art erforderlich ist, wird doch schon bei dem noch in Mutterleib Befindlichen die Möglichkeit der künftigen Persönlichkeit anerkannt, und, wenn er geboren wird, die Geburt, wo es seinen persönlichen Zuständen vortheilhaft ist, auf den ihm günstigsten Moment der Schwangerschaft zurückbezogen.[g])

Was nun die Rechtsvorschrift anlangt, welche in dem Subject, das auf die angegebene Art zum Dasein kommt, die Persönlichkeit anerkennt, so hat den Römern ein Zustand vorgeschwebt, wo dieser Rechtssatz ganz allgemein lautete, allen Menschen Rechtsfähigkeit und allen auf gleiche Weise zuerkannt wurde. Es war nach ihrer

---

b) L. 129 D. de V. S. (50, 16.)

c) Monstra oder prodigia sind keine Personen, aber nicht jede Abweichung von der regelmäßigen Bildung (ostentum, L. 38 D. de V. S.) hat diese Wirkung, sondern nur, wenn sie so bedeutend ist, daß das Prädicat eines menschlichen Wesens für den Partus wegfällt, L. 3 C. de postumis (6, 29), L. 14 D. de statu hom. (1, 5.)

d) Gai. II. 123.

e) Justinian hat die entgegengesetzte Meinung der Sabinianer adoptirt, wodurch ganz zwecklos (da es sich hier nicht um das Interesse des Kinds handelt) die Vernichtung der Testamente begünstigt wurde, L. 3 C. de postum. (6, 29.)

f) L. 2 C. eod.

g) L. 7. 26 D. de statu hom. (1, 5.) Eine Anwendung s. §. 211 Note o.

Ansicht die Zeit der ausschließlichen Herrschaft des ius naturale in dem besonderen Sinn des Worts (Bd. I §. 9 a). Aber schon das ius gentium hat dieß geändert, es statuirt Menschen ohne Rechtsfähigkeit, Sclaven, und damit drei Classen von Menschen: Freie (von Geburt), Sclaven, Freigelassene.[h] Diese Unterschiede hat das ius civile noch vermehrt, es hat den Vorzug der cives, und damit die Classification in cives, latini, peregrini hervorgebracht, endlich die Unterschiede der Persönlichkeit, welche durch die Gewalt: potestas, manus, mancipium, worin ein Mensch stehen kann, begründet werden, und damit die Classification in homines sui iuris und homines alieno iuri subiecti.

Die Stellung der Menschen im Recht, welche die Persönlichkeit bedingt, ist daher eine verschiedene. Die Römer nennen die Stellung status hominum, ius personarum, conditio hominis, die Person selbst, bei der diese Stellung zur Sprache kommt, heißt caput. Drei Momente sind es, die den Status bestimmen: libertas, civitas, familia. Die erste Bedingung einer activen Stellung im Recht ist die Freiheit; wem diese fehlt, dem kann überhaupt kein status zugeschrieben werden, daher ein Sclave. der frei wird, hodie incipit statum habere.[i] Die zweite ist die Civität, sie setzt die erste voraus, nur der Freie kann Civis sein: aber nicht jeder Freie ist es, man kann den durch die Freiheit bedingten Status ohne den durch die Civität bedingten haben. Die dritte Bedingung ist die Familia, sie setzt die erste und zweite Bedingung voraus, nur der Civis hat eine Familia; wie aber aus der Freiheit nicht nothwendig die Civität folgt, so schließt auch die Familie zwar die Civität ein, aber die Civität nicht nothwendig die Familie, jene kann fortdauern, während diese verloren geht.[k])

Diese Begriffe sollen in den folgenden Abschnitten näher erörtert werden, einstweilen ergiebt sich, daß die Entstehung des Rechts der Persönlichkeit, wovon wir ausgegangen sind, zwei Fragen in sich schließt: 1) welches sind die allgemeinen Voraussetzungen desselben? 2) wie erlangt der Mensch einen gewissen Status? Auf die erste ist die Antwort vorhin gegeben worden, die zweite wird bei den einzel-

---

h) L. 4 D. de I. et I. (1, 1.)
i) L. 4 D. de capite min. (4, 5.)
k) L. 11 D. eod.

nen Status zu beantworten sein. Zuletzt wird die Lehre von dem Verlust des Status dargestellt werden.

A. Libertas.

a. Die Sclaven.

CCXI. Nach ältestem wie nach neuestem römischen Recht giebt es Menschen, die nicht in die Ordnung der Freien gehören. Dieß sind die Sclaven, servi. Darum eben bildet die Freiheit einen besonderen Status.

Sclave ist ein Mensch entweder von Geburt, oder er ist es durch den Verlust der Freiheit geworden.[a]) Von diesem letzten Fall wird unten bei der capitis deminutio (§. 220) gehandelt werden, nur eine Art des Freiheitsverlustes ist, als die ursprüngliche Entstehung der Sclaverei, schon hier zu erwähnen: die Gefangenschaft. Es ist ein Satz des Jus Gentium, daß die, welche in die Gewalt eines fremden Volkes kommen, Sclaven werden; der gewöhnliche Fall ist der der Kriegsgefangenschaft, aber es ist nicht der einzige; die beiden Völker brauchen nicht im Krieg mit einander zu sein, wenn nur kein Band freundlichen Verkehrs zwischen ihnen besteht,[b]) während auf der andern Seite der bloße Kriegsstand jene Wirkung nicht hat: die in Bürgerkriegen Gefangenen werden nicht Sclaven.[c]) Eben so wenig die von Räubern Gefangenen.[d])

Durch Geburt ist Sclave das Kind einer Sclavin, gleichviel welches Standes der Vater ist.[e]) Es ist nämlich das natürliche Princip, die regula iuris gentium, daß das Kind dem Stand der Mutter folge, über die ja auch allein natürliche Gewißheit überall möglich ist (§. 195). Dieser Grundsatz ist durch das Jus civile in gewissen Fällen außer Anwendung gesetzt worden. Eine allgemeine Vorschrift des Jus civile ist, daß, wo Connubium zwischen Vater und Mutter besteht, das Kind dem Vater folgt;[f]) diese Ausnahme kann hier nicht eintreten, weil Sclaven nie Connubium haben. Dagegen giebt

---

a) §. 4 I. de iure person. (1, 3.)
b) L. 5 §. 2 D. de captiv. (49, 15.)
c) L. 21 §. 1 D. eod.
d) L. 19 §. 2, L. 24 D. eod.
e) Gai. I. 82.
f) Gai. I. 80. Ulpian. V. 9. L. 24 D. de statu hom. (1, 5.)

es einige besondere Bestimmungen, welche bewirken, daß der von einer Sclavin Geborne frei, der von einer Freien Geborne Sclave ist. So nach einem S. C. Claudianum, welches drei hieher gehörige Vorschriften erhielt:[g]) 1) wenn ein Freier mit einer Sclavin, die er für frei hält, Kinder erzeugt, so sollen nur die weiblichen der Mutter folgen, die männlichen frei sein; dieß hat schon Vespasian wieder aufgehoben, und die Regel des Jus Gentium wiederhergestellt. 2) Wenn eine Freie mit einem fremden Sclaven unter Zustimmung seines Herrn ein Contubernium schließt, so soll durch Vertrag festgesetzt werden können, daß ihre Kinder Sclaven werden, während sie selbst frei bleibt; [h]) diese Abweichung von den Regeln des Rechts hat Hadrian beseitigt. 3) Die Hauptbestimmung des S. C. Claudianum, an die sich jene anknüpften, war, daß eine Freie, die sich wissentlich mit einem fremden Sclaven ohne den Willen des Herrn einließ, und in diesem Umgang ungeachtet dreimaliger Denuntiatio von Seiten des Herrn (oder seines Vormunds, oder Bevollmächtigten, und wenn der Sclave einem Municipium gehört, sogar ohne eine solche Ankündigung) beharrt, dem Herrn durch die Obrigkeit als Sclavin zugesprochen werden soll; [i]) ihre von dem fremden Sclaven erzeugten Kinder werden Sclaven, auch wenn sie vor der Adjudication der Mutter geboren wären, für diese Wirkung also ist es hinreichend, daß die Mutter die Eigenschaft des Vaters gekannt, und ohne Zustimmung seines Herrn sich mit ihm eingelassen hat. Erst Justinian hat auch diesen Theil des Senatusconsults aufgehoben.[k])

Nun kann während der Dauer der Schwangerschaft die Mutter frei und unfrei gewesen sein. Hier wird als Regel aufgestellt: bei Kindern, die in rechter Ehe erzeugt sind und daher dem Stand des Vaters folgen, entscheidet die Zeit der Empfängniß, bei andern die Zeit der Geburt.[l]) Wird daher eine schwangere Sclavin frei, so ist

g) Gai. I. 84—86.

h) Nur in den Stand einer Freigelassenen kommt sie durch ein solches Contubernium, Tac. annal. XII. 53. Paul. sent. IV. 10, 2.

i) Die vollständigste Darstellung dieses Rechtssatzes findet sich bei Paul. sent. II. 21 a. (In §. 3 ist die Lücke so auszufüllen: mulier etsi *sub tutela est*, tamen ei etc. Vgl. §. 2.)

k) §. 1 I. de success. subl. (3, 12.)

l) Gai. I. 88. 89. 94. Ulpian. V. 10.

das Kind nicht Sclave.[m]) Umgekehrt, wenn die Mutter während der Schwangerschaft Sclavin wird und als solche gebiert, ist nach jener Regel zu unterscheiden, ob das Kind in rechter Ehe empfangen worden ist oder nicht; im ersten Fall ist es frei, folgt es dagegen der Mutter, so ist es Sclave.[n]) Hier indessen ist eine andere Ansicht aufgekommen, die gegen das Ende der dritten Periode als die unzweifelhaft recipirte dargestellt wird: non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est, der von der Freien Empfangene, von der Sclavin Geborene soll frei sein, ja wenn die Mutter zur Zeit der Conception und der Geburt Sclavin war, soll selbst eine momentane Freiheit derselben während der Schwangerschaft das Kind der Sclaverei entreißen.[o])

CCXII. Es giebt einen doppelten Weg, uns die Disposition über die Kräfte anderer Menschen, deren wir bedürfen, zu verschaffen. Der eine ist der des freien Verkehrs, welcher die Freiheit der uns dienenden Person nicht antastet, die Eingehung von Obligationen, wodurch wir den Gebrauch der Kräfte und Geschicklichkeiten eines Andern oder ihr Resultat gegen andere Leistungen von unserer Seite eintauschen: Miethe von Diensten, Kauf von Fabricaten u. s. f. Der andere ist die Unterwerfung solcher Personen, welche uns die Macht gewährt, über ihre Kräfte zu unserem Vortheil zu disponiren, zugleich aber die Persönlichkeit des Unterworfenen beeinträchtigt. Diese Unterwerfung läßt sich mit Beschränkung auf gewisse Zwecke, z. B. auf die Bebauung des Landes denken, wie bei leibeigenen Bauern, was die Folge hat, daß jene Unterwerfung, eben weil sie eine bestimmte und beschränkte Richtung hat, die Freiheit des Unterworfenen nicht völlig aufhebt. Aber die Unterwerfung kann auch eine unbeschränkte sein, indem der Unterworfene mit seinem ganzen äußeren Dasein nur als Mittel für die Zwecke des Gewalthabers behandelt, und damit seine Persönlichkeit gänzlich absorbirt wird. Dieß ist das Institut der Sclaverei, welches auf die Gestaltung des häuslichen, ja auch des öffentlichen Lebens im römischen

m) Paul. sent. II. 24, 1.

n) Gai. II. 91.

o) Paul. sent. II. 24, 2. 3. L. 5 §. 2. 3. L. 18 D. de statu hom. (1, 5) vgl. §. 210 Note g.

Volk einen unermeßlichen Einfluß hatte. Daß Freie und Bürger ihre Kräfte auf dem Vertragsfuß ihren Mitbürgern dienstbar machten, dazu war in der Regel nur gegenüber den ärmeren Classen eine Veranlassung vorhanden, deren Bedürfnisse in dieser Hinsicht auf der andern Seite durch ihre Armuth beschränkt waren, der Wohlhabende fand seine Diener, die Handwerker, deren er bedurfte, die Erzieher seiner Kinder u. s. f. in der Reihe seiner Sclaven. Man preist den republicanischen Sinn, das politische Freiheitsgefühl der Alten, aber diese Vorzüge bestanden großentheils auf Kosten unterdrückter Mitmenschen, die dem Bürger die beengenden Sorgen des Hauswesens und die niederbeugenden Beschäftigungen abnahmen, welche das Abhängigkeitsgefühl begünstigen. Die Freiheit der Alten war eine solche, die eine Unfreiheit Anderer als Unterlage und Folie forderte, viel höher steht die der neueren Zeit als Ziel gesetzte, welche eine allgemeine sein soll, eben darum aber auch einen anderen Gehalt und eine andere Form haben muß, als die der Alten.

Der Sclave ist völlig rechtsunfähig, nicht bloß nach ius civile, sondern auch nach ius gentium, denn die Sclaverei gehört nicht bloß jenem Recht an, sie ist selbst iuris gentium. Er zählt nicht unter den Personen,[a]) die Sclaverei nimmt den Menschen aus der Reihe der berechtigten Wesen hinweg,[b]) sie macht ihn zu einer Sache, gleich dem Thier, und zum Gegenstand des Eigenthums und der willkührlichen Disposition von Seiten des Herrn.

Die Imperatoren fanden sich veranlaßt, die Härte und Grausamkeit, mit der die Herren, wo der Eigennutz sie nicht davon zurückhielt, nicht selten ihre Sclaven behandelten, im Interesse der öffentlichen Sicherheit, zum Theil auch der guten Sitte, zu beschränken. Schon an einem andern Ort[c]) ist die Lex Petronia erwähnt worden, welche die Bestimmung der Sclaven zum Kampf mit den Thieren der Willkühr der Herren entzog. Auf der andern Seite wurde (unter August oder Tiberius) der alte Gebrauch, die Sclaven eines Ermordeten auf die Tortur zu bringen, um den Mörder zu entdecken, durch das S. C. silanianum als eine allgemeine gesetzliche Maß-

a) Nullum caput habet, §. 4 I. de cap. min. (1, 16) vgl. §. 210 Note i.

b) Servitutem mortalitati fere comparamus, L. 209 D. de R. I. (50, 17.) L. 59 §. 2 D. de condit. (35, 1.)

c) Vgl. Bd. I §. 107 S. 455.

regel, zugleich mit der Bestrafung derer, die dem Herrn nicht zu Hülfe gekommen, verordnet, zur Abschreckung verbrecherischer Gesinnung, und als Antrieb zur Sorgfalt für die Sicherheit des Herrn.[d]) Claudius sprach den Sclaven die Freiheit zu, die der Herr wegen Krankheit aussetzte, und bestrafte die Tödtung eines solchen ihm zur Last gewordenen Sclaven durch den Herrn wie die eines Freien.[e]) Auch Hadrian nahm sich der Sclaven an, er wollte unter andern nicht, daß die Herren von ihrem Recht über Leben und Tod Gebrauch machten, die Gerichte sollten über die hinreichende Begründung der Todesstrafe erkennen.[f]) Mehr noch suchte Pius eine Verbesserung des Zustandes der Sclaven, soweit dieß ohne totale Reform des Instituts möglich war, durchzuführen. Er sprach als allgemeinen Grundsatz aus, daß die Sclaven gegen grundlose Gewaltthat, gegen Grausamkeit, Unkeuschheit der Herren von den Behörden in Schutz zu nehmen seien, im Grunde fordere dieß das Interesse der Herren selbst.[g]) Wer seinen Sclaven ohne Grund und absichtlich tödtet, soll der lex cornelia de sicariis verfallen, wie wenn der Sclave ein fremder gewesen wäre, und wegen sonstiger Mißhandlung soll der Herr zum Verkauf gezwungen werden.[h]) Constantin schien es nicht nothwendig, die Richter zur Fürsorge für die Sclaven zu ermuntern, umgekehrt vielmehr verordnete er, man solle dem Herrn Nachsicht beweisen, dem bei der Züchtigung des Sclaven der Unstern widerfahren sei, ihn umzubringen.[i])

Jene gesetzlichen Milderungen des Sclavenstandes dürfen nicht unter den Gesichtspunkt einer den Sclaven ertheilten Rechtsfähigkeit gebracht werden. Sie sind den Einschränkungen sonstiger Eigenthumsbefugnisse aus sittlichen und ökonomischen Rücksichten zu vergleichen.[k]) Aber das Princip der gänzlichen Rechtlosigkeit der Scla-

d) Dig. XXIX. 5 · de S. C. silaniano et claudiano.

e) Sueton. Claud. 25.

f) Spartian. Hadr. 18. L. 2 D. de his qui sui (1, 6).

g) Coll. leg. mos. III. 2 und L. 2 D. de his qui sui (1, 6).

h) Gai. I. 53.

i) L. 1 (vom Jahr 319) 2 (v. J. 326) C. Th. de emendatione serv. (9, 12.) Jenes Gesetz im justin. Codex, L. un. C. eod. (9, 14.) Die Verordnung Constantin's, welche die Trennung der Verwandten bei der Theilung verbietet, L. un. C. Th. de communi div. (2, 25), L. 11 C. I. comm. utr. iud. (3, 38), bezieht sich nur auf die mit einem Grundstück verbundenen, zum Colonat bestimmten Sclaven.

k) So erklärt auch Gaius a. a. O. die Sache: — male enim nostro

ven ist dennoch nicht ohne Modification geblieben, die natürliche Anschauung, welcher die ausschließliche Gleichstellung von Menschen mit Sachen widerstreitet, ist mächtiger gewesen, als das Interesse, das die Römer zur einfachen Vernichtung der Persönlichkeit in Wesen gleicher Art hinführte.

In folgenden Bestimmungen ist eine Anerkennung der Sclaven als vernünftiger Wesen und eine Erhebung über die übrigen Sachen erkennbar:

1) Nicht bloß Eigenthum hat man an Sclaven, sie stehen auch in der potestas des Eigenthümers, in einer Gewalt, die ihnen nicht eigenthümlich, die auch an Freien (als patria potestas) möglich ist. Daß ein Freier in potestate ist, beschränkt seine Rechtsfähigkeit (§. 219), nicht so beim Sclaven, bei dem von einer Beschränkung nicht die Rede sein kann; diesem vielmehr giebt die Gewalt des Herrn eine rechtliche Stellung, die er außerdem entbehrt. Der Sclave wird dadurch gleichsam zu einem Theil oder Glied seines Herrn, er kann als sein Repräsentant in den rechtlichen Verkehr eintreten, er kann zum Erben in einem Testament ernannt werden, indem durch ihn die Erbschaft an seinen Herrn gelangt. [l]) Eigenthum und Potestas übrigens ist nicht wesentlich zur Sclaverei, die Eigenschaft als Sclave ist unabhängig davon, auch ein herrenloser Sclave ist darum nicht frei.

2) Aber auch außerdem ist den Sclaven in gewissen Punkten ein rechtliches Dasein zuerkannt, und so die Consequenz des Princips verlassen worden. Gewisse Verhältnisse, in die sie als Sclaven getreten sind, haben nach erlangter Freiheit eine rechtliche Wirkung. Diese Wirkung ist unabhängig von der Potestas, sie ist daher nicht ausgeschlossen, wenn der Sclave zur Zeit ihrer Begründung herrenlos war.

a) Die rechtlichen Folgen der Ehrerbietung, die das Kind den Eltern schuldig ist, gelten auch für den Freigelassenen gegenüber seinen Erzeugern, [m]) die serviles cognationes begründen ein Ehehinderniß, der Vater kann seine Tochter, der Sohn seine Mutter

iure uti non debemus, qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.

l) S. Recension von Savigny's System in Richter's und Schneider's Jahrbb. 1840 S. 685.

m] L. 4 §. 3 D. de in ius voc. (2, 4.)

nicht heirathen, auch wenn dieses Verwandtschaftsverhältniß in der Sclaverei seinen Ursprung genommen hat. [n]) Die römischen Juristen führen dieß auf den Grundsatz zurück, daß die rechtliche Nullität der Sclaven sich nicht auf das ius naturale (Bd. I §. 9 Note a) erstrecke, nachdem alle Menschen gleich seien, daß sie sich auf das ius civile (in diesem Sinn, wo der Ausdruck auch das ius gentium begreift) beschränke. [o]) Hieher gehört auch, daß, obwohl einem Sclaven der Consequenz des Princeps nach kein Unrecht geschehen kann, [p]) eine Verletzung desselben also eigentlich nur insofern, als sie in seiner Person dem Herrn widerfährt, in Betracht kommt, dennoch auch ein Unrecht gegen den Sclaven, wenigstens bei einer körperlichen Mißhandlung, die es ja für das natürliche Gefühl ist (hanc enim et servum sentire palam est), angenommen wird, [q]) ein Unrecht, das der Herr als ein dem Sclaven widerfahrenes (servi nomine) mit der iniuriarum actio ahndet, [r]) wegen dessen aber ohne Zweifel auch der Sclave selbst, nachdem er frei geworden ist, klagen kann.

b) Daß Sclaven Contracte schließen und dadurch sich obligiren können, so daß diese Obligatio nach ihrer Freilassung eine wenn auch nur beschränkte Wirkung hat, ist eine Folge der potestas, in der sie stehen, und durch die sie bis auf einen gewissen Grad an der Persönlichkeit ihres Herrn Theil nehmen, unabhängig aber davon ist ihre vollkommene Verpflichtung durch unerlaubte Handlungen, die sie während der Sclaverei begehen, und wegen deren sie nach erlangter Freiheit belangt werden können, nur nicht von dem ehemaligen Herrn, wenn sie gegen diesen während der Sclaverei sich verfehlt hätten. [s])

c) Ein ganz singuläres und einzeln stehendes Vorrecht der Sclaven, die im Eigenthum des Staats sich befinden, ist, daß diese über die Hälfte ihres Erwerbs durch Testament gültig verfügen können. [t])

---

n) L. 14 §. 2 D. de ritu nupt. (23, 2.)
o) L. 32 D. de R. I. (50, 17) vgl. L. 20 §. 7 D. qui testam. (28, 1.)
p) Gai. III. 222.
q) L. 15 §. 34. 35. 45 D. de iniur. (47, 10.)
r) L. 15 §. 48 D. eod.
s) L. 14 D. de O. et A. (44, 7.) Gai. IV. 77. 78.
t) Ulpian. XX. 16.

3) Die Möglichkeit des Uebergangs aus dem Stand der Unfreiheit in den der Freiheit hat Zustände hervorgebracht, in denen der Sclave, obwohl er dieses noch ist, durch seine Annäherung an die Freiheit ein gewisses rechtliches Dasein gewinnt. Es sind folgende zwei:

a) Der Zustand der statuliberi.[u]) Dieß sind Designirtfreie, Sclaven, denen die Freiheit gegeben ist, aber so, daß ihre Wirksamkeit von dem Eintritt eines zu erwartenden Ereignisses abhängt.[v]) Die testamentarische Freilassung kann unter Bedingung oder mit dies a quo geschehen, aber es kann auch durch eine Rechtsvorschrift die Gültigkeit einer Manumission suspendirt sein, so wenn sie in fraudem creditorum geschah (s. unten), und es ungewiß ist, ob die Gläubiger sie anfechten werden. In allen diesen Fällen ist der Manumittirte statuliber.[w]) Ein solcher nun ist jetzt noch vollkommen Sclave und wird durchaus als solcher behandelt;[x]) dieß hat indessen eine Ausnahme: die Erfüllung der Bedingung, die Möglichkeit der Freiheit darf ihm nicht vom Eigenthümer erschwert werden;[y]) soweit die Folgen der Gewalt des Herrn, unter welcher er noch steht, die Erfüllung unmöglich machen würden, werden sie beseitigt und der Sclave als frei behandelt. Wenn der Sclave im Testament freigelassen ist unter der Bedingung, daß er dem Erben (seinem Herrn) eine gewisse Summe geben würde, so wäre die Erfüllung der Bedingung streng genommen unmöglich, da der Sclave seinem Herrn nichts geben kann, indem alles, was er hat und erwirbt, schon an sich dem Herrn gehört, aber er wird eben in Beziehung

---

u) Ulpian. II: de statuliberis. Dig. XL. 7: de statuliberis. Eine besondere Schrift über diesen Gegenstand: v. Madai, die Statuliberi des R. R. 1834.

v) L. 1 pr. D. eod.: Statuliber est, qui statutam et destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet. Schon die Zwölf Tafeln haben Bestimmungen über diesen Punkt enthalten, und die künftige Freiheit garantirt, Ulpan. II. 4.

w) L. 1 §. 1 D. eod.

x) L. 29 pr. D. eod.: Statuliberi a ceteris servis nostris nihilo paene differunt. Et ideo quod ad actinnes vel ex delicto venientes vel ex negotio gesto vel contractu pertinet, eiusdem conditionis sunt statuliberi, cuius ceteri. et ideo in publicis quoque iudicils easdem poenas patiuntur, quas ceteri servi. L. 9 pr. 16 D. eod.

y) L. 33 D. eod.: Statuliberorum iura per heredem fieri non possunt duriora.

auf den Erwerb, von dem er die Summe bestreitet, wie ein Freier beurtheilt.

b) Das in libertate esse. So wird der factische Zustand der Freiheit bezeichnet, im Gegensatz zur wirklichen, rechtlich begründeten Freiheit, dem liberum esse. Der Sclave kann in jenem Zustand sich befinden, vor allem mit dem Willen des Herrn selbst. Dieß ist der Fall, wenn der persönlich zur Manumission berechtigte Herr auf zuverlässige und unzweifelhafte Art seinen Willen zu erkennen giebt, daß der Sclave frei sein solle, ohne daß jedoch diese Erklärung die sonstigen Erfordernisse der Manumission (z. B. die der Form) an sich hat. Diese unvollkommene, factische Freilassung giebt auch nur eine factische Freiheit, eine Befreiung von den Sclavendiensten, und diese schützt die Behörde dem also Freigelassenen gegen den Herrn, der etwa seine Gunst zurückzunehmen gedächte. Rechtlich aber ist jener noch Sclave, und dieß äußert seine Wirkung in jeglicher sonstigen Beziehung. [z] Vom römischen Standpunkt aus (ex iure quiritium) muß auch die von einem Peregrinen seinem Sclaven gegebene Freiheit lediglich als eine factische erscheinen, der Freigelassene als einer, der voluntate domini in libertate est, da der Peregrine der römischen Manumissionsformen unfähig ist. Und so haben wirklich die römischen Juristen die Sache betrachtet, soweit nicht ein besonderes, vom römischen Staat anerkanntes peregrinisches Landesrecht über die Freigelassenen existirte, welches dann auch der Prätor für die Peregrinen befolgte. [aa]) Aber auch ohne den Willen des Herrn kann ein Sclave in libertate sein, indem er als ein Freier lebt, und der Herr sein Recht über ihn ausübt. Diese factische Freiheit wird rechtlich wirksam bei dem Freiheitsproceß. Wer jenen factischen Zustand für sich anführen kann, hat, wenn ihm die Freiheit angefochten wird, den Vortheil, Beklagter zu sein, sein Gegner muß beweisen, daß er Sclave ist, während im entgegengesetzten Fall ihn die Beweislast trifft, so daß er dem Gegner zugesprochen wird, wenn er nicht seine Freiheit zu beweisen vermag. Doch setzt jene Wirkung voraus, daß er sine dolo malo in libertate gewesen ist, einem Flüchtigen z. B. kommt seine factische Be-

---

z) Gai. III. 56. Fragm. dosith. §. 6 sqq.
aa) Fragm. dosith. 14.

freiung nicht zu Gute.[bb]) Eine zweite Wirkung ist die, daß die längere Dauer dieses Zustandes (possessio libertatis wird er auch genannt) eine temporis praescriptio gegen die Anfechtung der Freiheit gewähren, also zur rechtlichen Freiheit führen soll. Zuerst kommt dieß vor als Verjährung des Rechts der Gläubiger, eine zu ihrem Nachtheil vorgenommene Freilassung anzufechten,[cc]) also Verwandlung der statuta libertas (s. oben) in die effective Freiheit. Wahrscheinlich ward diese longi temporis praescriptio, quae prae libertate opponitur (also mit der gewöhnlichen Zeit von zehn oder zwanzig Jahren) schon am Ende der dritten Periode auch in andern Fällen der possessio libertatis angewendet, nur stets unter der Voraussetzung eines iustum initium dieses Besitzes, also der auf einem guten Grunde ruhenden Ueberzeugung frei zu sein.[dd]) Constantin erwähnt ein Gesetz (ohne Zweifel von ihm selbst), wodurch die Zeit auf 16 Jahre gesetzt ward, er erklärt, daß dieses Gesetz dasselbe Erforderniß einer wohlbegründeten bona fides in sich schließe.[ee]) In der justinianischen Gesetzgebung ist durch Aufnahme der in Note cc und dd angeführten Stellen das frühere Recht zurückgeführt.

CCXIII. **Die Möglichkeit der Freiheit selbst ist schon eines der Momente in dem Institute der Sclaverei, wodurch die Sclaven über die Reihe der bloßen Sachen hinausgehoben sind, und worin eine Anerkennung der Menschenrechte liegt. Wie kann es nun geschehen, daß ein Sclave frei wird?**

Die Sclaverei, die eine Folge der Gefangenschaft ist, also der factischen Gewalt, die ein fremdes Volk über den Menschen erlangt hat, ist auch durch die Dauer dieser Gewalt bedingt. Sie hört auf, sowie der Gefangene, wann und wie es geschehen möge, von ihr befreit ist; dieß wird der Fall sein, wenn es ihm gelingt, den Gebieten, über die jenes Volk oder ein anderes ihm verbündetes herrscht, zu entfliehen und zu seinem Volk oder einem mit diesem verbundenen

---

bb) L. 7 §. ult. L. 10—12 D. de lib. causa (40, 12.)

cc) Aristo bei Paulus, L. 16 §. 3 D. qui et a quib. manum. (40, 9.)

dd) So kommt sie in Verordnungen von Diocletian vor, L. 1. 2 C. de l. t. praescr. quae pro lib. (7, 22.)

ee) L. 7 (sonst 3) C. Th. de lib. causa (4, 8).

oder befreundeten zu gelangen.[a]) Die Freiheit des Zurückgekehrten hat hier keine andere Voraussetzung als die der Rückkehr, eine andere Frage ist, wie sich sonst sein rechtlicher Zustand bestimmt? Darüber entscheidet das Recht des Postliminiums, welches unten (§. 220) dargestellt werden wird.

Abgesehen von diesem Fall, geschieht der Uebergang von der Sclaverei zur Freiheit regelmäßig durch Manumission von Seiten des Herrn. Diese ist an gewisse Erfordernisse geknüpft, deren Mangel ihr entweder allen, oder wenigstens den vollen Effect, den sie sonst haben würde, entzieht, es sind folgende:

1) Die Manumission besteht in der Erklärung des Herrn, daß der Sclave frei sein solle, diese Erklärung aber muß in der gehörigen Form geschehen. An die Spitze der Manumissionsformen stellen die römischen Juristen die durch Legis Actio vor dem Magistrat.[b]) Sie besteht in der Uebertragung eines processualischen Acts, der vindicatio in libertatem (§. 161), auf das nichtstreitige Geschäft. Wenn einem in Dienstbarkeit gehaltenen Menschen durch einen Rechtsstreit die Freiheit gewahrt werden sollte, so trat sein Vertheidiger, der assertor, als Kläger auf, und nahm mit dem Beklagten, dem angeblichen Herrn, den Vindicationsact vor: Anfassen des Menschen mit der Hand, Berührung mit dem Stab (vindicta, festuca),[c]) Aussprechen der feierlichen Worte, worauf dann das Sacramentum folgte, und was sonst noch zur Einleitung des Rechtsstreits gehörte. Hier, wo es sich um ein Resultat handelte, worüber alle Parteien einverstanden waren, wurde die Handlung nur bis zu dem Moment fortgesetzt, wo der scheinbare Beklagte seinerseits die Vindicationsworte zu sagen gehabt hätte. Statt dessen gehabte er sich als einer, der auf den Streit durch Zugeständniß verzichtet; statt seinerseits die Vindicta zur Hand zu nehmen und die Vindicationsworte zu sprechen, ließ er den Sclaven, den auch er am Anfang ergriffen hatte, fahren (manu mittebat), indem er seinen Willen, ihn frei zu lassen, entweder durch einen besonderen Nachdruck bei diesem Fahrenlassen, der ein Umdrehen des Sclaven (circumagere, ver-

---

a) Vgl. L. 19 §. 3 D. de captiv. (49, 15.)

b) Vgl. Unterholzner, von den Formen der manumissio per vindictam und der emancipatio, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. II. 5.

c) Plaut. mil. glor. IV. 1, 15.

tere) zur Folge hatte, [d]) oder durch ausdrückliche Erklärung, [e]) oder, was ohne Zweifel das gewöhnliche war, durch beides zugleich zu erkennen gab. Der Prätor trat hierauf, was seines Amtes bei dem Zugeständniß war, er sprach die Behauptung des Assertor als Recht aus, und erklärte also den Menschen für frei. Schon der Ausdruck manu missio, der offenbar von dieser Freilassungsform herstammt, zeigt, daß sie die älteste unter den uns bekannten war. Daß das Wort vindicta von einem Sclaven Vindicius sich herschreibe, der 245 die Verschwörung für die Rückkehr der Tarquinier entdeckt habe, und zum Lohn in jener Form der erste freigelassen worden sei, [f]) ist ein trockener antiquarischer Spaß, den Spätere ehrlich für Ernst genommen haben. Jene Procedur wurde übrigens späterhin sehr vereinfacht, die Magistrate, denen die Legis Actio zukam, hatten nicht mehr Muße für solche Umständlichkeiten bei dergleichen Acten. Zuerst wurde es gewöhnlich, daß der Lictor die Rolle des Assertor übernahm, [g]) dann entband man den Herrn von aller förmlichen Mitwirkung, aber auch, daß der Lictor die Vindicationsworte hersagte, schien zu umständlich, man behielt nur den Schlag mit oder ohne Festuca bei; [h]) endlich hielt man auch die Anwesenheit eines Lictors für überflüssig, es war hinreichend, daß der Herr dem Prätor, wo er ihn traf, und ohne Beisein eines Andern als des Sclaven, seinen Willen zu erkennen gab, und der Prätor den Sclaven frei sprach. [i]) Die Handlung hatte sich so ganz von ihrem ursprünglichen Gehalt entfernt, daß schon Javolenus kein Bedenken dabei hatte, dem Prätor selbst die Manumission bei sich selber zu gestatten. [k]) — Eine

---

d) S. die Stellen bei Unterholzner a. a. O. S. 149.

e) Paul. Diac. ex Festo: Manumitti servus dicebatur, quum dominus eius aut caput eiusdem servi aut aliud membrum tenens dicebat: hunc hominem liberum esse volo, et emittebat eum e manu. Vgl. das Fragment des Festus bei Müller p. 158, wo zu lesen ist: — edicit: *ego* hunc hom. etc.

f) Liv. II. 5, u. A.

g) Schol. ad Pers. sat. V. 88. Boethius in top. 2 (p. 288 Orell.).

h) L. 23 D. de manum. vind. (40, 2.) Es war eine Inconsequenz, wenn man noch an dem Grundsatz, daß ein Stummer oder Tauber keine legis actio vornehmen kann, für die Vindicatfreilassung festhielt, Paul. IV. 12, 2; doch waren nicht alle Juristen so streng, L. 1 D. qui et a quib. (40, 9.)

i) Ulpian. L. 8 D. de manum. vind. (40, 2): Ego quum in villa cum praetore fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset.

k) Iulian. L. 5 D. eod.

zweite Manumissionsart gewährte der Census.[l]) Der Censor hatte die Macht, dadurch, daß er die Professio einer Person wie eines Bürgers annahm, diese zum Bürger zu machen, wenn sein College nicht Einspruch that. Dieß wurde zur Freilassung benutzt, der Herr brachte seinen Sclaven in dieser Absicht vor den Censor, nahm dieser die Professio desselben an, so wurde er frei und Bürger. Die Bestätigung aber solcher Acte des Censor lag in dem Lustrum, nur ein Census, der mit der Lustration beschlossen wurde (census lustralis), hatte jene Wirkung. Daher konnte unter den alten Juristen der freien Republik die Streitfrage entstehen, wann die Freiheit sich anhebe, mit der Professio oder mit dem lustrum conditum.[m]) Diese Frage wurde in der dritten Periode unerheblich, denn in dieser wurde jene Manumission mit dem Lustralcensus selbst zur Antiquität.[n]) — Auch durch Testament kann manumittirt werden. Dieß geschieht, wenn der Testator direct in demselben erklärt, daß der Sclave frei sein soll (liber esto — liber sit — liberum esse iubeo), und es setzt voraus, daß der Sclave im (quiritischen) Eigenthum desselben ist zur Zeit der Testamentserrichtung und des Todes.[o]) Etwas anderes ist der Auftrag an den Erben, einem Sclaven die Freiheit zu geben (fideicommissa oder fideicommissaria libertas), dieß ist keine Manumission, sondern Veranlassung und Verpflichtung zu derselben, die von dem Beauftragten geschehen soll. Bei der libertas directo data ist der Testator der Manumissor, der Freigelassene sein libertus (daher libertus orcinus, der seinen Patron im Orcus hat), und die Freiheit tritt mit der Wirksamkeit des Testaments, also mit dem Antritt der Erbschaft aus demselben ein, wenn ihr Anfang nicht durch eine Zeitbestimmung oder Bedingung weiter hinausgeschoben ist.[p])

---

l) Ulpian. I. 8. Fragm. dosith. 19—21. Boeth. l. c. (Note g). Man hat als die älteste Erwähnung dieser Manumission ein S. C. von 576 bei Liv. XLI. 9 angeführt, aber seine Worte sind schwerlich von einer andern als der durch Vindicta zu verstehen.

m) Cic. de orat. I. 40: — nonne ex iure civili potest esse contentio, quum quaeritur, is qui domini voluntate census sit, continuone an ubi lustrum conditum liber sit. Fragm. dosith. l. c.

n) Seit dem Anfang der christlichen Zeitrechnung sind nur drei Lustra gemacht worden, das letzte im J. 74 (827 u. c.) unter Vespasian, Censorin. de die nat. 18.

o) Ulpian. I. 9. (vgl. L. 120 D. de V. S. 50, 16) II. 7. Gai. II. 267.

p) L. 23. 25 D. de manum. test. (40, 4.)

Die drei bisher beschriebenen Manumissionsformen: vindicta, censu, testamento, waren noch zu Cicero's Zeit die einzigen.[q]) Wenn der Herr sonst seinen Willen erklärte, daß der Sclave frei sein sollte: vor Zeugen (manumissio inter amicos), durch ein Schreiben (per epistolam), oder indem er ihn thatsächlich wie einen Freien behandelte, z. B. an seinen Tisch zog (per mensam, convivii adhibitione),[r]) so gab er damit nur jene factische Freiheit, von der oben die Rede gewesen ist (§. 212 a. E.), bis er etwa seinen Willen durch eine jener Formen bekräftigte.[s]) Clodius soll damit umgegangen sein, diesen unförmlichen Freilassungen durch ein Gesetz volle Wirkung beilegen zu lassen.[t]) Später hat die Lex Iunia mit solcher einfacher Erklärung des Herrn die Wirkung der Freiheit verknüpft, und also jene manumissiones inter amicos u. s. f. zu wirklichen Manumissionen gemacht, doch mit dem Unterschied, daß die so Freigelassenen nicht cives, sondern nur latini werden (§. 217).[u]) Sie beseitigte somit auf der einen Seite die Hauptfälle

---

q) Cic. top. 2: si neque censu, neque vindicta, nec testamento liber factus est, non est liber. Cato soll behauptet haben, die Adoption des Sclaven durch den Herrn mache jenen frei, §. ult. I. de adopt. (1, 11.) Am einfachsten wäre dieß so zu verstehen: auch ein Volksschluß könne die Freiheit geben (also ohne Manumission, s. unten) und daher müsse die Arrogation (populi auctoritate, nur an diese läßt sich hier denken) diese Wirkung haben. Wahrscheinlich aber ist jener Bericht nicht genau, und die Ansicht des Cato ist die, welche Sabinus (bei Gellius V. 19) als die der meisten älteren Juristen anführt: ein Herr könne seinen Sclaven (wie ein Vater seinen Sohn) einem Andern bei dem Prätor in Adoption geben. Die Adoption enthält auch eine Vindicatio, der Adoptirende vindicirt die Person als seinen Sohn von dem bisherigen Vater, in dieser Vindication sollte nun, behaupteten jene Juristen, stillschweigend eine vindicatio in libertatem gedacht werden, also das dare in adoptionem zugleich als vindicta manumittere gelten.

r) Gai. epitom. I. 1, 2. Gai. I. 44. Paul. IV. 12, 2. Theophil. I. 5 extr.

s) Tac. annal. XIII. 27: (a maioribus) manumittendi duas species institutas, ut relinqueretur poenitentiae aut novo beneficio locus. Quos vindicta patronus non liberaverit, velut vinculo servitutis attineret.

t) Cic. pro Mil. 33: — lege nova, quae est inventa apud eum cum reliquis legibus clodianis, servos nostros libertos suos fecisset. Vgl. c. 12 derselben Rede bei Orelli.

u) Das Gesetz heißt gewöhnlich Iunia schlechtweg, in einer Stelle der Institutionen Justinian's §. 3 I. de libert. (1, 5) Iunia Norbana (es würde hiernach von zwei Consuln Iunius und Norbanus rogirt sein), oder wie Einige vermuthen: Iunia Norbani, von einem Iunius Norbanus rogirt. Manche haben sie ins Jahr 671 gesetzt, wo C. (Iunius) Norbanus (Balbus) mit L. Cor-

jener bloß factischen Freiheit, ohne Zweifel zum Vortheil der Rechtssicherheit, auf der andern beeinträchtigte sie die Rechte, welche eine unvollkommene Freilassung den Herren gewährte, nicht wesentlich, indem sie diesen Freigelassenen die Möglichkeit, ein Testament zu machen, und dadurch das Mittel, dem Patron ihr Vermögen zu entziehen, versagte (§. 217).

Constantin führte eine neue Form ein: durch Erklärung des Willens in der Kirche vor der Gemeinde in Gegenwart der Geistlichen, die eine Urkunde darüber aufsetzen und als Zeugen unterschreiben. v) So gelten nun im justinianischen Recht: die Freilassung durch Testament, w) durch Vindicta in der Form, daß die Erklärung vor der Behörde ohne die Formalitäten des alten Rechts hinreicht, die constantinische in der Kirche. Die Lex Junia hob Justinian auf, da keine Latinität mehr bestehen, jeder Freie auch als Civis gelten sollte, aber er war nicht gewillt, diese Wirkung jeder formlosen Erklärung beizulegen. Er setzte statt dessen folgendes fest. x) Die Freiheit sollte noch inter amicos gegeben werden kön-

---

nelius Scipio Consul war, Andere 729, wo M. Junius Silanus, oder 730, wo C. Norbanus Flaccus mit August Consuln gewesen sind, die Meisten nehmen das Jahr 772 (19 n. C.) unter Tiberius an, das Consulat des M. Junius Silanus und L. Norbanus Balbus. Wir haben keinen Grund, an der Quellenmäßigkeit des Namens Junia Norbana zu zweifeln; daß der zweite Name gewöhnlich weggelassen wurde, findet sich auch bei der Papia Poppäa, so hat denn von dieser Seite das Jahr 772 das meiste für sich. Sehen wir auf den Inhalt des Gesetzes, so ist seine Versetzung in das siebente Jahrhundert höchst unwahrscheinlich, ja nach Note q und t fast undenkbar. Dagegen werden wir zu der Annahme, daß es dem umfassenden Gesetz über Freilassungen, der Lex Aelia Sentia von 757, nachgefolgt sei, durch einzelne Nachrichten über den Inhalt beider Leges hingeführt (s. Note qq. vv) und so sprechen auch innere Gründe für das zuletzt genannte Jahr. Vgl. Bethmann-Hollweg, de causae probatione p. 78—100.

v) L. un. C. Th. de manum. in ecclesia (4, 7), L. 1. 2 C. I. de his qui in eccl. (1, 13.)

w) Schon die römischen Juristen waren geneigt, eine zweifelhafte Verfügung eher zu Gunsten der Freiheit auszulegen, Justinian verordnete, daß die Einsetzung des eigenen Sclaven als Erben und eben so seine Ernennung als Vormund ohne Zusatz als Befreiung angesehen werden soll, L. 5 C. de serv. necess. her. (6, 27.) Ueber das ältere Recht s. Göschen, Bem. in Bez. auf das ält. Recht der Freil., Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. III. 7 §. 8. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. 1 §. 204.

x) L. un. C. de latina libertate tollenda et per certos modos in civitatem romanam transfusa (7, 6).

nen, d. h. durch mündliche Erklärung vor fünf Zeugen, ferner per epistolam, d. h. aber durch eine von dem Herrn geschriebene oder unterschriebene Urkunde, die von fünf Zeugen unterzeichnet ist, sodann soll die Verheirathung der Sclavin an einen Freien durch den Herrn, die Bezeichnung des Sclaven als seinen Sohn, sofern sie öffentlich zu gerichtlichem Protokoll, die Vernichtung oder Uebergabe der Urkunden, die zum Beweis seiner Unfreiheit dienen, an den Sclaven, sofern sie in Gegenwart von fünf Zeugen geschieht, endlich das Gebot des Herrn oder seines Erben, daß die Sclaven mit Zeichen der Freiheit (pileati) dem Leichenbegängniß beiwohnen sollen, als Manumission gelten.

So viel von der Form der Freilassung.

2) Freilassen kann der, welcher die Potestas über den Sclaven hat. Dieß ist der Eigenthümer; eine Freilassung durch den Usufructuarius soll als ein bloßer Verzicht auf die Dienste, entweder zu Gunsten des Eigenthümers oder des Sclaven behandelt werden.[y] Nun konnte jemand nach altem Recht auf verschiedene Art Eigenthümer sein: er war es entweder ex iure quiritium, oder er hatte die Sache bloß in bonis, oder es traf beides bei ihm zusammen (§. 235). Nur das in bonis habere giebt die Potestas, nicht das nudum ius quiritium.[z] Aber der bloß bonitarische Eigenthümer macht den Sclaven durch seine Freilassung nur zum Latinus, zum Civis kann ihn allein der machen, der ihn zugleich ex iure quiritium hat.[aa] Im justinianischen Recht hat dieser Unterschied aufgehört.

Einer von mehreren Miteigenthümern kann dem Sclaven nicht die Freiheit geben, manumittirt er ihn, so ist dieß ein Aufgeben seines Rechts, sein Theil wächst dem Socius zu. Anders ist es mit der unvollkommenen Manumission (inter amicos u. s. f.), diese hat hier gar keine Wirkung, und diesen Satz behielt die herrschende Ansicht auch nach der Lex Junia bei, während einige Juristen nun auch hier jene Accrescenz eintreten ließen.[bb] Aber der theilweise Eigen-

y) Iustinian. L. 1 pr. C. comm. de manum. (7, 15.)

z) Gai. I. 54. Fragm. dosith. 11.

aa) Ulpian. I. 16. Die Lex Junia sprach davon, Gai. I. 67, daraus ist indessen nicht zu schließen, daß sie diesen Satz zuerst aufgestellt hätte.

bb) Fragm. dosith. 12. Ulpian. I. 18. Paul. IV. 12. 1. Diese abweichende Ansicht hat den Schein größerer Consequenz, da das junische Gesetz ja

thümer kann, wenn er dem Sclaven die Freiheit zuwenden will, seinen Miteigenthümer nöthigen, ihm seinen Antheil gegen Empfang des Werthes abzutreten, d. h. er kann auf Theilung dringen, und bei dieser den Zuschlag des Sclaven aus jenem Grund gegen Entschädigung fordern.[cc]) Justinian hat verordnet, daß, wenn einer von mehreren Miteigenthümern dem Sclaven die Freiheit giebt oder geben will, stets die andern sollen ausgekauft werden können, ja er hat sogar die Preise zu diesem Behuf gesetzlich bestimmt, jenes ius accrescendi soll nie mehr eintreten.[dd]) Durch einen bestehenden Usufructus ist der Eigenthümer nicht gehindert, den Sclaven zu manumittiren, nur unbeschadet der Rechte des Usufructuars, in Beziehung auf welche er, bis dessen Recht sich endigt, wie ein Sclave betrachtet wird. Die römischen Juristen sehen ihn bis dahin als servus sine domino an, ja sie behaupten, auch nach der Beendigung des Usufructus werde er nur Latinus, nicht Civis; Justinian will ihn schon einstweilen als frei, die Rechte des Nießbrauchs jedoch unverändert, behandelt wissen.[ee]) Eine generelle Verpfändung des Sclaven hindert die Manumission nicht,[ff]) die Wirkung bei einer speciellen hängt davon ab, ob der Gläubiger befriedigt und so sein Pfandrecht gelöst wird; und auch hier haben die römischen Juristen (wie beim Usufructus) dem Sclaven nur die Latinität zuerkannt,[gg]) die im justinianischen Recht weggefallen ist.

Daran läßt sich die Bestimmung der Lex Aelia Sentia knüpfen, daß eine Freilassung in fraudem creditorum, d. h. wodurch ein insolventer Schuldner wissentlich sein Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger schmälert, von diesen unwirksam gemacht werden kann, eine Bestimmung, die durch ein Senatusconsultum unter Hadrian auch auf die Peregrinen erstreckt worden ist, während der übrige

---

die inter amicos Manumittirten für frei, also die Gewalt des Manumissors für beendigt erklärt, aber auch nur den Schein: denn das Gesetz hebt die Gewalt nur für das Leben des Freigelassenen auf, bei seinem Tod wird er beurtheilt, wie wenn er Sclave geblieben wäre.

cc) L. 1 pr. C. de comm. servo manum. (7, 7.)

dd) L. 1 C. cit.

ee) Fragm. dosith. 13. Ulpian. I. 19. L. 1 pr. C. comm. de manum. (7, 15.)

ff) S. unten §. 250 Note p.

gg) Fragm. dosith. 18. L. 3 D. de manum. (40, 1), L. 26. 27 §. 1 D. qui et a quib. man. (40, 9.)

Inhalt jenes Gesetzes für sie nicht gilt. [hh]) Nur einen Sclaven im Testament mit der Freiheit zum Erben zu ernennen, um dadurch dem Schimpf des Concurses nach dem Tod zu entgehen, gestattet das Gesetz, einen Fall, den es auch von seinen übrigen Beschränkungen der Manumission ausnimmt. [ii]) Auch dem Patron des Freilassers gab die Lex Aelia Sentia das Recht, eine zur Schmälerung seines Erbrechts vorgenommene Manumission zu revociren. [kk])

Die Freilassung ist eine Veräußerung, und zwar, sofern nicht eine Verbindlichkeit dazu existirt (z. B. in Folge eines Fideicommisses, oder einer sonstigen Erwerbung des Sclaven unter der Auflage, daß der Empfänger ihn freilasse), eine solche, wodurch das Vermögen absolut gemindert wird. Wer daher keiner Veräußerung, oder wenigstens keiner der letzteren Art fähig ist, kann nicht manumittiren. [ll]) Die Lex Aelia Sentia hat eine ganz singuläre Bestimmung (um leichtsinnige Manumissionen, theils im Interesse der Herren selbst, theils in dem des Staats zu verhüten oder zu vermindern) gemacht, indem sie die Manumission für ungültig erklärt, wenn der Herr noch nicht 20 Jahre alt ist. Nur für die Manumission durch Vindicta hat sie einen Ausweg eröffnet, sie soll geschehen können, wenn der Herr bei einem Consilium, das zu diesem Zweck eingesetzt ward, und regelmäßige Sitzungen hielt (in Rom sollte es aus fünf Senatoren und fünf Equites, in den Provinzen aus zwanzig Recuperatoren, ebenfalls römischen Bürgern, bestehen), eine iusta causa manumittendi nachgewiesen hat, z. B. daß er mit dem freizulassenden Sclaven durch besondere Pietätsverhältnisse verbunden, daß derselbe Vater oder Mutter von ihm, sein Geschwister, sein Erzieher sei, daß sein eigener Vortheil die Freilassung des Sclaven erheische. [mm]) Durch die bestimmte Vorschrift, daß die Freilassung nur vindicta apud consilium geschehen könne, ist die durch Testament einem

---

hh) Gai. I. 37. 47. L. 1 §. 1 D. de statulib. (40, 7) L. 10. 24 D. qui et a quib. (40, 9), pr. §. 3 I. quib. ex caus. manum. non l. (1, 6.)

ii) §. 1 I. eod. Gai. I. 21. Ulpian. 1. 14.

kk) Gai. I. 37. Ulpian. 1. 15.

ll) In der Handlungsfähigkeit Beschränkte: Ulpian. 1. 17. Fragm. dosith. 17. L. 9 §. 1 D. de auctor. tut. (26, 8.) Andere Fälle: L. 8 §. 1. 2 D. de manum. (40, 1), L. 15 pr. D. qui et a quibus (40, 9).

mm) Gai. I. 38. 39, cf. 18—20. Ulpian. 1. 13. L. 7 §. 1 D. qui et a quib. (40, 9.)

minor xx annis ganz unmöglich gemacht.[nn]) Dagegen hat Justinian, der die Vorschrift nur im Interesse der Herren selbst beibehalten hat, anfangs die testamentarische Freilassung nach zurückgelegtem siebzehnten Jahr,[oo]) zuletzt jedem, der ein Testament machen kann (also dem Pubes) gestattet,[pp]) so daß jene Beschränkung nur für Manumissionen unter Lebenden stehen geblieben ist. Seit der Lex Junia entstand die Frage, ob jene Beschränkung auch auf die manumissio inter amicos zu beziehen sei? sie wurde bejaht, aber die Möglichkeit der Freilassung durch causae probatio apud consilium ebenfalls darauf erstreckt.[qq])

3) Ein Hinderniß der Freilassung kann auch in dem Freizulassenden liegen. Die Freilassung eines Sclaven kann durch Vertrag oder Testament verboten sein,[rr]) oder durch ein Gesetz, wie die lex iulia de adulteriis bei solchen Sclaven, deren Freilassung die Criminaluntersuchung erschweren würde,[ss]) die Lex Fabia, welche die Manumission eines Sclaven, der gegen dieses Gesetz sich vergangen hat, innerhalb zehn Jahren verhindert[tt]) u. s. f. Von allgemeinerer Wichtigkeit ist die Vorschrift der Lex Aelia Sentia gegen die Freilassung eines Sclaven unter 30 Jahren, wenn nicht eine iusta causa bei dem Consilium nachgewiesen wird.[uu]) Einen im Testament freigelassenen minor gebot das Gesetz wie einen, der domini voluntate in libertate est, zu behandeln, nach unserer Ansicht von dem Alter der Lex Junia hatte ein solcher damals noch die factische Freiheit, die auch das dafür gebrauchte Wort selbst ausdrückt;[vv])

---

nn) Gai. I. 40.

oo) §. 7 I. quib. ex caus. man. n. l. (1, 6.)

pp) Nov. 119 c. 2.

qq) Gai. I. 41. Fragm. dosith. 15. Wer die Lex Junia für älter hielte, als die Aelia Sentia, müßte die Erstreckung schon diesem Gesetz zuschreiben, wogegen die Art, wie Gaius seinen Inhalt angiebt, spricht.

rr) L. 9 §. 2 D. qui et a quib. (40, 9): Qui hac lege venierint, ne manumittantur, vel qui testamento prohibiti sint manumitti, vel iussu praesidis provinciae, licet manumittantur, tamen ad libertatem non perveniunt. Vgl. Dig. XVIII. 7: de servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur vel contra. Cod. IV. 57.

ss) L. 12—14 D. qui et a quib. (40, 9.)

tt) L. 22 D. de manum. (40, 1.)

uu) Gai. I. 18—21. Ulpian. I. 12. Fragm. dosith. 16. 19.

vv) S. Note xx. Wäre damals die Lex Junia schon gegeben gewesen, so wäre die Bezeichnung des Zustands mit in libertate esse sehr unpassend ge-

nachdem die Lex Junia gegeben war, verschaffte ihm jener Ausdruck die Latinität. [ww]) Was geschah aber mit den auf andere Art unter dem gesetzlichen Alter Freigelassenen? Das Gesetz sagte darüber, wie es scheint, nur, sie sollen nicht cives romani werden. War nun die Meinung des Gesetzes, sie sollten gar nicht frei werden, oder sie sollten die Freiheit ohne Civität erlangen? Bei der Freilassung durch Census hatte die Antwort keinen Zweifel, diese Form ist nur denkbar, wenn die Civität ihre Folge ist, also mußte hier der Manumittirte Sclave bleiben, bei der Vindicta aber stand nichts entgegen, den Sclaven frei und etwa Peregrinen werden zu lassen, nur ohne die besonderen Nachtheile, welche das Gesetz in einem andern Fall (s. unten) damit verband. [xx]) Diese Beschränkung wurde

---

wesen, zumal da es, auch nach der Lex Junia, noch immer solche gab, die voluntate domini in libertate waren, ohne durch dieses Gesetz zur Latinität berufen zu sein.

ww) Man hätte nun wohl sagen können, sie seien latini ex lege aelia sentia, zum Unterschied von denen, die es rein ex lege Iunia sind. Es ist der Gegensatz von minores und maiores triginta annorum latini facti, Gai. I. 31.

xx) Die Hauptstelle über das Obige ist Ulpian. I. 12: Eadem lege cautum est, ut minor triginta annorum servus vindicta manumissus civis romanus non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit. ideo sine consilio manumissum *caesaris* servum manere putat, testamento vero manumissum perinde haberi iubet, atque si domini voluntate in libertate esset, ideoque latinus fit. Statt des handschriftlichen caesaris (welches Puggé mit Hinweisung auf Gaius I. 27 vertheidigt: Observ. duae de iure civ. 1831) substituiren Einige den Namen eines Juristen, Schilling censuve. Aber wahrscheinlich ist die Stelle auch durch Auslassung corrumpirt. — Durch die im Text gemachte sehr nahe liegende Voraussetzung wird eine Schwierigkeit beseitigt, die durch die Art entsteht, wie Gaius und Ulpian von der Lex Aelia Sentia in Beziehung auf diesen Punkt sprechen. Daß Gaius von manumissi et latini facti ex lege aelia sentia spricht, hätte nach Note ww kein Bedenken, auch wenn, nach der gewöhnlichen Annahme, alle minores manumissi nach dem Gesetz Sclaven blieben, nur mit dem Vorzug der factischen Freiheit für die durch Testament Manumittirten. Aber Gaius (I. 29—31. 80. III. 75. 76) schreibt der Lex Aelia Sentia eine Bestimmung zu, nach welcher minores xxx ann. manumissi durch die Ehe mit Cives oder Latinen zur Civität gelangen können (s. unten §. 218). In einer Stelle nennt er daneben auch die Lex Junia, während Ulpian an einem Ort (III. 3) den Rechtssatz lediglich dieser zuschreibt, an einem andern (VIII. 4) aber ebenfalls die Aelia Sentia nennt. Nach der gewöhnlichen Annahme müßte entweder Gaius sich über den wahren Inhalt der Lex Aelia Sentia geirrt haben, was bei einem solchen Gesetz unentschuldbar genug wäre, oder, was fast noch mißlicher ist, das Gesetz hätte Sclaven das Recht gegeben, eine Ehe mit Bürgern ꝛc. zu schließen. Alles erklärt sich, wenn wir folgendes als das Recht der Aelia Sentia annehmen: der minor manu-

nicht auf die Freilassung in ecclesia bezogen, Justinian hob sie ganz auf, so daß in seiner Gesetzgebung das Alter des Sclaven keine Bedeutung mehr hat. [yy])

Solchen Sclaven, die während ihrer Dienstbarkeit wegen eines Vergehens gefesselt, gebrandmarkt, auf die Tortur gebracht, zum Kampfschauspiel, zu öffentlichem Gefängniß verurtheilt worden sind, hat die Lex Aelia Sentia zwar die Möglichkeit frei zu werden nicht entzogen, aber sie sollen nur den niedrigsten Grad der Freiheit erlangen können (dediticiorum numero sein §. 217), weder jetzt noch in Zukunft Cives oder Latini werden; auch den Aufenthalt in Rom und intra centesimum miliarium verbietet ihnen das Gesetz, werden sie hier betroffen, so werden sie von Staatswegen als Sclaven, und nun ohne die Möglichkeit wieder frei zu werden, verkauft, denn ihre nochmalige Freilassung hat die Folge, daß sie dem Staat als Sclaven zufallen. [zz]) Justinian erwähnt dieses Kapitel des Gesetzes nur als ein längst veraltetes und außer Gebrauch gekommenes. [aaa])

4) Den verschwenderischen testamentarischen Freilassungen sollte die Lex Furia Caninia ein Ziel setzen. [bbb]) Wer drei Sclaven hat,

---

missus wird ohne causae probatio nicht Civis, wird er durch Vindicta manumittirt, so ist er frei, aber Peregrinus, kann jedoch durch Ehe zur Civität gelangen, bei der Manumission durch Census bleibt er Sclave, eben so bei der durch Testament, nur daß ihm hier eine factische Freiheit zuerkannt wird. Diese letztere hat die Lex Junia in rechtliche Freiheit mit Latinität verwandelt, und darauf die Erwerbung der Civität durch Ehe erstreckt; diese Stellung mußte nun aber auch den durch Vindicta Manumittirten eingeräumt werden, da sie ja nach der Absicht des Gesetzes nicht schlechter stehen sollten, als jene. So konnte man nun alle minores xxx ann. manumissi zusammenfassen (denn die Freilassung durch Census, die noch einen Unterschied gemacht hätte, kam nicht mehr vor), und ihre rechtliche Stellung bald von der Aelia Sentia, bald von der Junia ableiten.

yy) L. 2 C. comm. de manum. (7, 15.)

zz) Gai. I. 13—15. 25—27. Ulpian. I. 11. Paulus IV. 12, 3—8. Eine ältere Analogie für solche Verweisung aus der Nähe der Stadt giebt Liv. VIII. 14, 6.

aaa) Cod. VII. 5: de dediticia libertate tollenda.

bbb) Ohne Zweifel unter August, Sueton. Octav. 40, wo ihr Inhalt mit dem der Aelia Sentia zusammengestellt wird: Magni praeterea existimans, sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum, et civitatem romanam parcissime dedit, et manumittendi modum terminavit. — — Servos non contentus multis difficultatibus a libertate et multo pluribus a libertate iusta removisse,

soll nicht mehr als zwei im Testament freilassen können, wer vier bis zehn, nicht mehr als die Hälfte, wer elf bis dreißig, ein Drittheil (nur natürlich stets wenigstens fünf) wer einunddreißig bis hundert, ein Viertheil (immer natürlich wenigstens zehn, wie in der vorigen Classe), von da bis fünfhundert, ein Fünftheil (doch stets wenigstens fünfundzwanzig). Mehr als hundert soll überhaupt niemals durch Testament manumittiren können. Eine Freilassung, welche die gesetzliche Zahl überschreitet, ist ungültig, und wenn der Testator die Scheidung der gültigen von den ungültigen (z. B. durch Schreiben der Namen im Kreis, oder durch nicht namentliche Bezeichnung der Personen) unmöglich gemacht hätte, sollen alle ohne Wirkung sein.[ccc] Justinian hat auch dieses Gesetz aufgehoben.[ddd]

Sehen wir noch einmal auf die bisher dargestellten gesetzlichen Beschränkungen der Manumission zurück, so hatten die bedeutendsten derselben einen politischen Grund (vgl. Bd. I §. 107 S. 456 f.), nur bei einigen verbindet sich damit die Rücksicht auf das Privatinteresse des Freilassers oder dritter Personen. Gerade diese letzteren sind allein im justinianischen Recht übrig geblieben, die ersteren sind durch eine entgegengesetzte Politik verdrängt worden.

Es giebt Fälle, wo Sclaven ohne Manumission frei werden.[eee] So ist die Freiheit als Belohnung für die Entdeckung gewisser Verbrechen verheißen.[fff] Ein um seiner Krankheit willen vom Herrn verlassener Sclave wird durch ein Edict des Claudius frei, durch eine Verordnung Vespasian's und späterer Imperatoren eine Sclavin, die gegen die Veräußerungsbedingung prostituirt wird, auch wenn der ehemalige Herr, der diese Bedingung gesetzt hat, selbst auf ihre Geltendmachung verzichtet. Ebenso nach einer Verordnung von Marcus und Commodus der unter der Bedingung

---

cum et *de numero* et de conditione ac differentia eorum, qui manumitterentur, curiose cavisset, hoc quoque adiecit, ne vinctus unquam tortusve quis ullo libertatis genere civitatem adipisceretur.

ccc) Gai. I. 42—46. Ulpian. I. 24. 25. Paul. IV. 14: ad legem furiam caniniam.

ddd) Inst. I. 7: de l. furia can. tollenda.

eee) Dig. XL. 8: qui sine manumissione ad libertatem perveniunt. Vgl. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. I §. 211.

fff) Cod. VII. 13: pro quibus causis servi pro praemio libertatem accipiunt. Schon unter August ließ das S. C. silanianum dem Sclaven die Freiheit geben, der den Mörder seines Herrn entdeckt.

der Freilassung veräußerte Sclave, wenn der Verpflichtete dieser Verbindlichkeit nicht nachkommt. Unter Trajan wurden durch mehrere Senatusconsulte die Behörden angewiesen, bei der fideicommissarischen Freiheit die Manumission durch ihren Ausspruch zu ersetzen, wenn der Verpflichtete sich der Erfüllung seiner Pflicht durch Abwesenheit entzieht (S. C. rubrianum) oder auch ex iusta causa abwesend ist, wo er dann doch als Manumissor behandelt werden soll (S.C dasumianum), oder wenn er in einer andern Provinz domicilirt (S. C. articuleianum, 101 n. Chr.). Nach einem S. C. vitrasianum (wahrscheinlich früher als jene), soll, wenn der Verpflichtete infans und dadurch an der Manumission verhindert ist, der Prätor sich eben so interponiren. Das S. C. iuncianum v. J. 182 n. Chr. zieht auch den Fall herbei, wenn der Sclave, dessen Freilassung aufgetragen ist, nicht dem Erblasser gehörte.[ggg]) Von der Freiheit in Folge eines dauernden Besitzes derselben war schon oben die Rede. Nach einem Gesetz Leo's soll die Aufnahme unter die kaiserlichen cubicularii,[hhh]) nach Justinian's Vorschrift die Aufnahme als Kloster- oder Weltgeistlicher die Freiheit geben.[iii])

b. Die Freien.

CCXIV. Die Eintheilung der Menschen in Freie und Sclaven ist die summa divisio de iure personarum,[a]) durch die Einreihung in die eine oder in die andere dieser Classen entscheidet sich, ob der Mensch überhaupt zu den berechtigten Wesen gehört oder nicht. Frei ist, wer nicht Sclave ist; durch diese negative Bestimmung soll angedeutet werden, daß die Freiheit nur ganz allgemein die Möglichkeit von Rechten enthält. Der Begriff der Freiheit bei den Römern ist weit entfernt, einen so mächtigen positiven Inhalt zu haben, als bei den alten Deutschen, die römische Freiheit allein gab noch keineswegs eine bedeutende staats- und privatrechtliche Stellung, unter den Freien selbst bestanden so beträchtliche Unterschiede der Rechtsfähigkeit, daß mit der bloßen Freiheit positiv und actuell noch wenig gewonnen war.

---

ggg) L. 28. 30. 51 D. de fideic. libert. (40, 5.) Vgl. Zimmern, Gesch. des römischen Privatr. I §. 203.
hhh) L. 4 C. de praep. sacri cubic. (12, 5.)
iii) Nov. 5 c. 2 §. 1. Nov. 123 c. 4. 17.
a) Gai. I. 9.

So giebt es gewisse Zustände, die den Menschen nicht zum Sclaven machen, die also Zustände der Freien sind, aber den, der sich darin befindet, factisch oder rechtlich sehr nahe an die Stellung der Sclaven hinrücken, und die daher als Annäherung an die Unfreiheit aufgefaßt werden können.

Solche Mittelzustände zwischen Freiheit und Unfreiheit, wie wir sie nennen können, obwohl der darin sich Befindende frei ist, sind folgende:

1) Wer in factischer Dienstbarkeit lebt, indem er irrthümlich für einen Sclaven gehalten wird, ist frei und hat die Rechte eines Freien, aber in gewissen Punkten, namentlich in Beziehung auf gewisse Erwerbungen für den Herrn, wird er dennoch wie ein Sclave behandelt. Dieß war nothwendig, wenn nicht durch die Möglichkeit, daß ein vielleicht mit dem besten Grund als Sclave Gehaltener sich hinterher als ein Freier erwies, Unsicherheit und Verwirrung in alle Rechtsverhältnisse, bei deren Eingehung man sich seiner bona fide bedient hatte, kommen sollte.

2) Der auctoratus, d. h. der sich zum Kampfschauspiel durch auctoramentum verdingt, verliert seine Freiheit nicht, aber er kommt doch in eine Gewalt, die ihm in Beziehung auf die verabredete Disposition über ihn in eine sclavenähnliche Stellung bringt, so daß auch mit der actio furti seinetwegen, wie wenn ein Sclave entwendet wird, geklagt werden kann.[b])

3) Wer einen Kriegsgefangenen loskauft, hat ein Pfandrecht an ihm, bis er wegen des Kaufpreises befriedigt wird; so lange ist das Postliminium suspendirt, und der redemtus ab hostibus noch servorum loco.[c])

4) Auch die Schuldknechtschaft des insolventen Schuldners, der dem Gläubiger zugesprochen worden ist, addictus, adiudicatus (§. 179), ist ein der Unfreiheit analoger Zustand. Nach späterem

b) Gai. III. 199. Acron ad Horat. serm. II. 7, 58. — Lex iulia munic. (tab. heracl. v. 112 sq.) Collatio leg. mos. IV. 3. XI. 2. Schulting, iurispr. anteiust. p. 746. 766. — Constantin hat die Gladiatorenkämpfe verboten, L. un. C. de gladiatorib. penitus tollend. 11, 43.

c) L. 2 C. de postlim. (8, 51), L. 15. 19 §. 9, L. 20 §. 2, L. 21 pr. D. de captiv. (49, 15.) Nach einem Gesetz des Honorius soll der Redemtus zu fünfjährigem Dienst bei dem Loskäufer, um die Kaufsumme abzuarbeiten, angehalten werden können, L. 2 C. Th. de postlim. (5, 5), L. 20 C. I. eod.

Recht hielt ihn der Gläubiger als einen ihm dienstbaren Arbeiter, um sich aus seinen Diensten allmählich zu befriedigen, wenn er nicht etwa vorher von solchen, die sich für ihn interessirten, gelöst wurde. Gegen den, der ihm den Adjudicatus entwendete, konnte der Gläubiger mit der actio furti klagen. [d]) Im justinianischen Recht besteht diese Art von Personalexecution nicht mehr (§. 188).

5) Ein Freier, der von einem dazu Berechtigten mancipirt wird, verliert dadurch nicht seine Freiheit, aber wie die Mancipation nicht anders als bei einem Sclaven geschieht, wird er servorum loco gestellt, so daß auch die Freilassung der Sclaven auf die in mancipio Seienden angewendet wird, und sie nicht in andrer Art von der Gewalt loskommen können. Nur gelten die Manumissionsbeschränkungen nicht für sie, und sie werden durch die Manumission nicht zu Libertinen, wie denn auch sonst ihre Persönlichkeit durch die Gewalt, in der sie sich befinden, keineswegs absorbirt wird. [e]) Das Weitere ihres Zustands hängt mit der Natur dieser Gewalt, des mancipium, zusammen, von der unten, soweit unsere Quellen darüber Aufschluß geben, die Rede sein wird. Im justinianischen Recht kommt das Mancipium nicht mehr vor.

6) Von allgemeinerem geschichtlichen Interesse, als irgend einer der bisher erwähnten Mittelzustände ist der durch das Institut des Colonats gegebene, welches sich in der vierten Periode über das ganze römische Reich verbreitet hat. [f])

Der Colonat besteht darin, daß Menschen mit einem Grundstück zum Behuf der Cultur desselben untrennbar verbunden sind. Solche coloni, agricolae, rustici (Bauern, von ihrem Beruf), inquilini, glebae inhaerentes (von ihrer Verbindung mit dem Gut), adscripticii, censiti, tributarii (Kopfsteuerpflichtige, und zwar so, daß der Herr des Guts durch die Kopfsteuer dieser bei dem Gut in die Steuerkataster eingetragenen Bauern haftet), originarii (aus dem Gut stammende, bezeichnet die Colonen, die es durch Abstammung sind) — sind rechtsfähig, aber sie sind doch gewissermaßen

---

d) Gai. III. 199.

e) Gai. I. 123. 138—141.

f) Die Aufmerksamkeit unserer Juristen ist zuerst wieder durch Savigny mittelst einer gründlichen Erörterung des ganzen Instituts darauf gelenkt worden: Ueber den römischen Colonat, Abhandl. der berl. Acad. d. Wiss. 1822. 1823. Mit Zusätzen in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. VI. 4.

Sclaven des Grundstücks.[g]) Manche Rechtssätze sind von den Sclaven auf sie übertragen worden: das Recht der körperlichen Züchtigung, die Vindication, Gleichstellung eines flüchtigen Colonen mit einem servus fugitivus,[h]) auch sollen sie mit keiner Klage gegen den Herrn gehört werden, ausgenommen wegen widerrechtlicher Erhöhung der Abgaben, und wegen Verbrechen.[i]) Das Vermögen eines Colonen heißt sein Peculium (wie bei einem Sclaven), und es gehört mit seiner Person zum Gut, so daß er nichts davon veräußern kann, insofern konnte man dem Herrn ein ähnliches Recht daran, wie an dem Erwerb des Sclaven zuschreiben; aber diese Aehnlichkeit wird auch hier nur durch das Verhältniß zum Gut hervorgebracht, welches die Unterwerfung des Colonen unter den Herrn vermittelt, während das Verhältniß des Sclaven zum Herrn ein rein und unmittelbar persönliches ist.[k]) In der Verbindung mit einem bestimmten Grundstück, von dem der Colone nur in gesetzlich festgesetzten Fällen getrennt werden darf,[l]) liegt aber nicht bloß eine Annäherung des Colonen an den Sclaven (als servus terrae), sondern auch die Verschiedenheit beider, eine Garantie für den Colonen, die ihn der willkührlichen Disposition des Herrn entnimmt. Daher steht der Colone zum Herrn auf dem freien Fuß eines Verpflichteten in Beziehung auf den jährlichen Canon, annua functio, eine Abgabe, die er vertragsmäßig oder nach Herkommen dem Herrn, und zwar regelmäßig in Früchten entrichten muß.[m]) Daher ist es als eine Art von Freilassung zu betrachten, wenn jemand seinen Sclaven zum Colonus macht; davon kommt der Name patronus für den Herrn des Guts.

Sclaven können von ihrem Herrn willkührlich zu Colonen gemacht werden, sie sind wahre Coloni, sowie ihre Verbindung mit

---

g) L. un. C. de col. thrac. (11, 51): — licet conditione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, existimentur.

h) L. 23 pr. 24 C. de agricol. (11, 47.)

i) L. 1. 2 C. in quib. caus. coloni (11, 49).

k) L. 2 C. cit., L. 23 §. 2 C. de agric. (11, 47), L. 1 C. Th. ne colonus inscio domino alienet peculium, vel litem inferat ei civilem (5, 11). Savigny a. a. O. S. 289 f. Einige hatten ausnahmsweise freie Verfügung über ihr Vermögen, L. 18. 23 §. 1 C. de agric.

l) L. 2. 7. 13 §. 1 C. eod.

m) L. 5. 20 §. 2 C. eod. Gregor. M. epist. I. 44. Savigny a. a. O. S. 292—297.

dem Gut unwiderruflich geworden ist, und dieß geschieht durch ihre Eintragung in die Steuerkataster bei dem Gut.[n]) Freie können durch Vertrag Colonen werden, nur soll der bloße Vertrag nicht hinreichen, sondern eine gerichtliche Confirmation, oder Eintragung in die Kataster hinzukommen,[o]) sodann durch Verjährung, wenn sie dreißig Jahre als Colonen gelebt haben.[p]) Der gewöhnlichste Rechtsgrund, aus dem jemand Colone ist, ist die Erzeugung von Eltern, die Colonen sind (woher der Name originarius). Stets ist dieß der Fall, wenn auch nur die Mutter Colona ist,[q]) für den Fall, daß nur der Vater Colone ist, hob Justinian anfangs das frühere Recht, welches auch hier das Kind zum Colonen machte, auf,[r]) stellte es aber später wieder her.[s]) Frei vom Colonat wird der Colone durch die Bischofswürde, keineswegs durch den geistlichen Stand überhaupt,[t]) nach vorjustinianischem Recht der Colonus durch dreißigjähriges, die Colona durch zwanzigjähriges Leben außer dem Colonatverband, Justinian aber hat die Berufung auf einen noch so langen freien Zustand untersagt.[u]) Eine willkührliche Freilassung aus dem Colonat giebt es nicht, nur wurden die Soldaten, welche die Grundeigenthümer zu stellen hatten, aus den Colonen genommen und die in das Heer aufgenommenen eben dadurch der Leibeigenschaft entzogen.[v])

Die historische Entstehung des Colonats ist so zu denken. Von Alters her unterschied man Sclaven für den städtischen Dienst, und solche, die man zum Landbau gebrauchte. Die familia rustica war in mancher Hinsicht factisch besser gestellt; daß sie nicht dem Luxus und der Mode unterworfen war, daß man den dem Betrieb der Oeco-

---

n) L. 7 C. de agric. (11, 47.)

o) L. 22 pr. C. eod.

p) L. 18 C. eod.

q) L. 16. 21 C. eod. Nach einem Gesetz Valentinian's III. soll auch der Mann einer Colona (und umgekehrt die Frau eines Colonus) zum Colonen werden, wenn er sich vor der Curie als solchen erklärt, Nov. Valent. tit. 31: de colonis vagis et de advenis.

r) L. 24 C. de agric. (11, 47), Nov. 54 pr.]

s) Nov. 162 cap. 2 (a. 539) Const. de adscripticiis et colonis (540). Auch über die Frage, wem die Kinder zufallen, die von Colonen verschiedener Herren erzeugt sind, ist das Recht mehrmals verändert worden, vgl. Savigny a. a. O. S. 279 f.

t) Nov. 123 c. 4. 17.

u) L. un. C. Th. de inquil. (5, 10), L. 23 pr. C. I. de agric. (11, 47).

v) Nov. Valent. tit. 6: de tironib. 1.

nomie nachtheiligen Wechsel vermied, gab diesen Sclaven mit ihren Familien einen ihnen vortheilhaften Zusammenhang mit dem Landgut, von dem vernünftige Herren sie als Accessionen betrachteten, die man nicht ohne Noth davon trennen dürfe. Es war factisch nahezu derselbe Zustand, der nachher im Colonat zu einem rechtlichen wurde. Jenen factischen Zustand in einen rechtlichen zu verwandeln, und dadurch den Eifer und die Betriebsamkeit jener unfreien Arbeiter anzuspornen, sich selbst aber eine erhebliche Rente von dem Gut zu sichern, konnte unter Umständen den Herren, namentlich bei ansehnlichem Grundeigenthum, wünschenswerth erscheinen. Daher gestattete ein Gesetzgeber, Sclaven so freizulassen, daß sie von dem Gut abhängig blieben, mit einem Wort Colonen wurden. [w]) Von da an konnte es nicht fehlen, daß auch aus der freien besitzlosen Masse nicht Wenige ihre Unterkunft in diesem Verhältniß suchten. Später trat das Interesse des Staats hinzu, welches eine Ausbreitung des Instituts, und seine Erhaltung und Begünstigung, wo es schon bestand, zu fordern schien. Es sicherte nämlich die Bebauung des Landes, das außerdem wegen Unerschwinglichkeit der Steuern von den Eigenthümern derelinquirt wurde, und zugleich die Erhebung der Steuern selbst. Daher der Eifer, den die Gesetzgebung diesem Rechtsverhältniß seit Constantin widmete, indem z. B. beträchtliche Strafen auf die Verheimlichung und Entziehung eines Colonus gesetzt wurden; ein Gesetz spricht dem, welcher einen jungen arbeitsfähigen Bettler anzeigt, diesen als Colonen zu [x]) u. s. f. Ein Beispiel der Einführung des Colonats in einer Provinz giebt ein Gesetz Theodosius II. von 409. Die Scyren waren durch Krieg der römischen Herrschaft unterworfen worden. Ihr Land oder ein Theil desselben wurde eingezogen und unter die Soldaten vertheilt, diesen Grundeigenthümern aber zugleich das Recht gegeben, sich aus der einheimischen unterjochten Bevölkerung Feldarbeiter zutheilen zu lassen, mit der Bestimmung jedoch, daß sie nicht Scla-

w) Wann dieß zuerst geschehen sei, läßt sich freilich so wenig sagen, als zu welcher Zeit das Institut eine so weite Verbreitung erhielt, als es sicher schon zu Constantin's Zeit hatte. Die Stelle Marcian's in L. 112 pr. D. de leg. I (30) läßt sich schwerlich auf andere Art erklären, als durch die Annahme, daß das Verhältniß damals schon bestand (wenn auch nicht in der späteren Ausdehnung), eine Annahme, die denn auch durchaus unbedenklich ist. (Vgl. auch L. 1 C. de infant. expos. 8, 52 [Alexander 225]. R.)

x) L. un. C. de mendic. valid. (11, 25.)

ven, sondern Colonen sein sollten, und nicht von dem Gut, für das sie gegeben worden, weggebracht werden dürften. [y])

CCXV. Ein Unterschied, der unter den Freien gemacht wird, hängt aufs engste mit dem Institut der Sclaverei zusammen, es ist der zwischen denen, welche von ihrer Geburt an frei sind: Freigebornen, ingenui, und denen, die Sclaven gewesen sind: Freigelassenen, libertini. Nichts ist natürlicher, als die Zurücksetzung der letzten gegen die ersten. Auch die vergangene Sclaverei übt auf die Gemüther noch einen nachhaltigen Einfluß aus, der Freigewordene ist äußerlich, aber nicht auch sofort innerlich ein anderer Mensch. Dem Freigelassenen blieb größtentheils nichts übrig, als die Künste, Geschicklichkeiten, Handthierungen, durch die er seinem Herrn gedient hatte, auch jetzt noch zu betreiben, um seinen Lebensunterhalt zu finden. Das war ein sichtbarer Flecken, der ihm von seinem früheren Stand anhaftete, und ihn in den Augen des Volks herabsetzte.

Die alten Römer wollten den Freigelassenen weder privat- noch staatsrechtlich vollkommen selbstständig sein lassen. Sie unterwarfen ihn dem Patronat, einer Gewalt, die späterhin allerdings einen weniger beengenden Charakter annahm, und zuletzt, abgesehen von einzelnstehenden Wirkungen, so gut wie ganz verschwand. [a]) Auf der andern Seite giebt es Minderung der Rechtsfähigkeit, welche von dem Patronat ganz unabhängig sind, so daß sie auch einen Freigelassenen, der keinen Patron hat, treffen. Vorzugsweise beziehen diese sich auf das öffentliche Recht, die Theilnahme an den Volksversammlungen, die Fähigkeit zu obrigkeitlichen Würden, aber auch auf das Privatrecht hat die Zurücksetzung der Libertinen ihre Wirkung erstreckt. [b]) Eine Lex Visellia hat eine criminelle Anklage gegen

y) L. 3 C. Th. de bonis mil. (5, 4.) (Die neuesten Bearbeiter dieser Lehre: A. W. Zumpt, über die Entstehung des Colonats [1843], Huschke, über den Census der Kaiserzeit [1847] S. 145, Savigny, vermischte Schriften [1850] 2, S. 54 erklären sich sämmtlich gegen die Entstehung des Colonats aus dem Innern des römischen Rechtslebens und für die Ableitung aus wiederholten Ansiedlungen nach Land verlangender Barbaren in den römischen Provinzen, welche Zumpt bis auf den Marcomannenkrieg, Huschke sogar noch höher hinaufführt. R.)

a) Von diesem Punkt wird noch an einem andern Ort gehandelt werden.

b) So in dem Recht der Lex Julia und Papia. Es wird davon an den

solche, die in den Stand und die Vorrechte der Ingenui sich widerrechtlich eindrängen, angeordnet. [c])

Ingenuus ist der nicht als Sclave Geborne (§. 211), vorausgesetzt, daß er nicht nachher in eine iusta servitus gekommen und daraus ohne Restitution seines Geburtsrechtes befreit worden ist.[d]) Libertinus ist der aus einer iusta servitus (einer wirklichen, nicht bloß analogen oder factischen) (Note d) Manumittirte. Der Eintritt in die Familie eines Freien durch Arrogation macht nicht zum Ingenuus,[e]) wohl aber kann die Ingenuität durch Concession des Princeps erlangt werden, man gebraucht dafür den Ausdruck natalibus restitui, wie bei einem Freigebornen, der als Sclave behandelt worden war.[f]) Diese Concession stellt den Libertinus in jeder Rücksicht dem Ingenuus gleich; es gab aber auch eine Verleihung der Ingenuität, wobei die Patronatrechte vorbehalten wurden und nur in jeder andern Hinsicht der Freigelassene wie ein Ingenuus galt, dieß heißt das ius aureorum anulorum.[g]) Doch sollte auch diese Verleihung geringeren Grads nicht ohne Zustimmung des Patrons geschehen. Justinian hat endlich allen Freigelassenen durch ein allgemeines Gesetz das Jus Anulorum, also den Stand der Ingenuität gegeben.[h])

---

einzelnen Orten die Rede sein, unter einen allgemeinen Begriff lassen sich diese Beschränkungen nicht fassen.

c) L. un. C. ad legem viselliam. (9, 21.)

d) Die Ingenuität wird nicht verloren: 1) wenn jemand aus dem Mancipium oder aus einer bloß factischen Dienstbarkeit, z. B. weil man ihn für einen Sclaven gehalten hat, manumittirt worden ist (beides: das bloße servorum loco esse und das in servitute esse, d. h. in factischer im Gegensatz zu servum esse, steht der iusta servitus gegenüber) §. 1 I. de ingenuis (1, 4). Paul. V. 1, 2. L. 1—4. 8 C de ingen. manum. (7, 14), 2) durch Gefangenschaft, sofern das Postliminium die Geburtsrechte restituirt, L. 21 pr. D. de captiv. (49, 15), L. 9 C. de ingen. manum. Quintil. inst. V. 10, 60.

e) Gell. V. 19.

f) Dig. XL. 11: de natalibus restituendis. Cod. VI. 8: de iure aur. anul. et nat. restituendis.

g) Dig. XL. 10: de iure aureorum anulorum. Fragm. vat. 226: ius anulorum ingenuitatis imaginem praestat salvo iure patronorum patronique liberorum. L. 3 pr. D. de bon. lib. (38, 2): — hic enim vivit quasi ingenuus, moritur quasi libertus.

h) Nov. 78 c. 1. 2. Er nennt cap. 1: *καὶ τὸ τῶν χρυσῶν δακτυλίων καὶ τὸ τῆς παλιγγενεσίας δίκαιον*, welches letzte offenbar das natalibus restitui bedeuten soll, aus dem cap. 2 ergiebt sich, daß das letztere zwar ebenfalls nicht mehr von einer besonderen kaiserlichen Verleihung abhängig sein soll, wohl

B. Civitas.

a. Cives.

CCXVI. Die Freien (mögen sie Freigeborene und Freigelassene sein, ja auch die, welche servorum loco sind, werden nicht von dieser Eintheilung ausgenommen) sind entweder Cives Romani oder Nichtcives. Die römische Civität hat eine politische und eine privatrechtliche Bedeutung. In jeder Hinsicht giebt sie das ius suffragii et honorum und die Theilnahme an den munera publica. Nicht alle Bürger hatten jene Rechte, ja es gab solche, die nicht einmal der letzteren vollständig fähig waren.[a]) Aus der Geschichte der Verfassung ist ersichtlich, wie die politische Bedeutung der Civität in der dritten Periode untergieng. Länger erhielt sich die privatrechtliche, die der Hauptsache nach, und abgesehen von einzelnen besonderen Unterschieden, in der Fähigkeit zu dem ius civile, dem eigenthümlichen Recht des römischen Volks, besteht, dem commercium und connubium (S. 197), welche der Civis vor dem Nichtcivis voraus hat.

Die politischen Wirkungen der Civität setzen eine sittliche Achtung (existimatio) voraus, in welcher der Bürger bei seinen Mitbürgern steht, ja diese Voraussetzung wird sich auch auf gewisse privatrechtliche Verhältnisse erstrecken, auf solche nämlich die einen näheren Zusammenhang mit der öffentlichen Stellung haben. Der Verständige wird nicht dafür halten, daß die öffentlichen Angelegenheiten unter der Mitwirkung und dem Einfluß sittlich verächtlicher Personen wohl berathen seien, mag sich auch gegen ihre abstract rechtliche Stellung und gegen ihre Geschicklichkeit nichts einwenden lassen, und diese Ueberzeugung wird sich zu Rechtssätzen ausbilden, wodurch Verächtliche von gewissen Befugnissen, die außerdem in der Civität liegen, ausgeschlossen werden.

An sich kann keinem Bürger die Achtung versagt, es muß ihm eine dignitas (Ehre) darum, daß er Civis ist, zugeschrieben werden. Diese Achtung geht völlig unter (existimatio consumitur) nur dann, wenn das Vergehen, dessen er sich schuldig gemacht hat, den Verlust der Civität zur Folge hat, so lange er Civis bleibt, muß bei

---

aber einen Verzicht des Patrons auf die Patronatrechte voraussetzt. Unrichtig faßt Walter, Gesch. des R. R. S. 516 das Gesetz auf.

a) Vgl. Band I §. 60.

ihm stets noch, wenn auch nur ein Rest jener Ehre, angenommen werden.[b]) Aber diese befleckte Ehre ist nicht hinreichend zu den vollen bürgerlichen Rechten, die existimatio, die für die volle Rechtsfähigkeit vorausgesetzt wird, ist der Zustand der Unbescholtenheit, der unverminderten Ehre,[c]) schon eine Minderung derselben bringt den Bürger um gewisse Rechte, die nur dem unbescholtenen zuerkannt werden.

Der Zustand geminderter Ehre heißt überhaupt ignominia, nota. Der Hauptfall ist die minutio existimationis durch einen Rechtssatz, der mit einem gewissen Umstand, welcher den Bürger in der sittlichen Achtung herabsetzt, eine Minderung der Rechtsfähigkeit verbindet. Dieß ist die Bedeutung der infamia, die, ursprünglich ein sehr folgenreiches Rechtsinstitut, allmählich immer mehr an ihrer Wichtigkeit verloren hat.[d])

Die ursprüngliche Bedeutung der Infamia ist die, daß der Infamis, während er Civis bleibt, die politischen Rechte der Civität verliert, also die Fähigkeit aller Aemter, die zu den honores gerechnet werden,[e]) und das Stimmrecht in der Volksversammlung.[f]) Der Prätor hat den Infames das Recht zu postuliren,[g]) und als Stellvertreter eines andern aufzutreten, zum Theil auch das Recht, durch einen Stellvertreter den Proceß zu führen, beschränkt (§. 155. 156), die lex iulia de maritandis ordinibus beschränkte sie in Beziehung auf die Ehe. Einige sind durch Gesetz vom Zeugniß aus-

b) L. 5 §. 3 D. de extrao. cogn. (50, 13): Consumitur vero [existimatio], quotiens magna capitis minutio intervenit, id est cum *civitas aut* libertas adimitur, veluti cum aqua et igni interdicitur, quae in persona deportatorum venit, vel cum plebeius in opus metalli vel in metallum datur —. Die cursiv gedruckten Wörter müssen als von den Compilatoren gestrichene hinzugedacht werden.

c) L. 5 §. 1 D. eod.: Existimatio est dignitatis inlaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

d) Eine neue Darstellung dieser Lehre, wodurch sie in ihr wahres Licht gesetzt worden ist, s. in Savigny's System des heut. R. R. II §. 76—83 und Beil. VII. Eine frühere Schrift über diesen Gegenstand ist: Marezoll, über die bürg. Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung 1824.

e) Cic. pro Cluentio 42. L. 1 pr. D. ad L. iul. de vi priv. (48, 7), L. un. C. de infamibus (10, 57). Die Lex Julia municipalis hat dieß ausdrücklich auch auf die Municipalwürden erstreckt, Tab. heracl. v. 108—141.

f) Vgl. Bd. 1 §. 60 Note f. k.

g) L. 1 D. de his, qui notantur infamia (3, 2.)

geschlossen, theils in den Gerichten, theils auch vom Solennitätszeugniß,[h]) was daher keine allgemeine Folge der Infamia ist: wenn die Zwölf Tafeln gewisse Personen für improbi et intestabiles erklären,[i]) so ist der erste Ausdruck wahrscheinlich gleichbedeutend mit infamis, der zweite bezeichnet die besondere Folge der Unfähigkeit zum Zeugniß, die keineswegs auch andern Fällen der Infamia angehört.

Infames sind alle in einem iudicium publicum (einem durch eine Lex geordneten Criminalverfahren, im Gegensatz zu dem crimen extraordinarium) Verurtheilten,[k]) der auf die actio furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, doli Verurtheilte, oder wer sich von diesen Klagen losgekauft hat,[l]) der wegen Zinswuchers[m]) und auf die actio fiduciae, pro socio, tutelae, mandati, depositi (directa) Verurtheilte,[n]) der Soldat, der eine missio ignominiosa erhält, der Delator an den Fiscus, wenn seine Denuntiation sich als unbegründet ausweist,[o]) der Insolvente, dessen Güter von den Gläubigern nach erfolgter Missio proscribirt und verkauft sind.[p]) In allen

---

h) L. 1 §. 1, L. 14. 15 pr. 21 pr. D. de testib. (22, 5), L. 20 §. 5 D. qui testam. (28, 1.)

i) Gell. XV. 23: „qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto“ (s. oben §. 174). Gell. VI. 7. L. 26 D. qui testam. (28, 1.)

k) L. 7 D. de publ. iud. (48, 1.) Nur nach und nach hat sich dieser Rechtssatz als ein allgemeiner für alle iudicia publica gebildet, s. Savigny a. a. O. S. 173.

l) L. 1. 6 §. 2. 3 D. de his qui not. (3, 2.) In diesen Fällen ist die Infamia auch die Folge einer Verurtheilung auf eine accusatio, die extra ordinem wegen dieser Delicte erhoben worden ist.

m) L. 20 C. ex quib. caus. infam. (2, 12.)

n) Cic. pro Roscio com. 6, pro Caec. 2. 3. Lex iulia munic. (tab. heracl. v. 111.)

o) L. 2 pr. 18 §. 7 D. de iure fisci (49, 14.)

p) Lex iulia mun. (tab. heracl. v. 113 sqq.) queive in iure abiuraverit, bonamve copiam iuravit, iuraverit, quei sponsoribus creditoribusque suis renuntiavit, renuntiaverit, se soldum solvere non posse, aut cum iis pactus est, erit, se soldum solvere noo posse, prove quo datum depensum est, quoiusve bona ex edicto — possessa proscriptave sunt, erunt. (Das Gesetz unterscheidet vier durch ve getrennte Fälle der Infamia: 1) gewissenloses Abschwören der Schuld auf einen in iure deferirten Eid [Plaut. menaechm. IV. 2, 12—14. Sallust. Cat. 26 fidem prodiderat, creditum abiuraverat. Serv. Aen. VIII. 263 abiurare est rem creditam negare periurio. Paul. II. 1. C. IV. 1 de rebus creditis et iureiurando. L. 14 D. de iureiur. [12, 2]; 2) gewissenloses Beschwören der Solvenz, nach-

diesen Fällen ist es ein richterliches Urtheil oder eine obrigkeitliche Verfügung, oder was dem gleich gestellt ist, welches den Eintritt der Infamia bedingt und vermittelt (man hat daher dafür den Namen infamia mediata erfunden). Aber es giebt auch Fälle, wo eine Handlung oder ein Zustand unmittelbar infamirt, ohne daß es eines Urtheils bedarf (s. g. infamia immediata). Dahin gehört die Infamia der im Ehebruch ergriffenen Frau,[q] des Verletzers eines eidlich bekräftigten Vergleichs,[r] des Vormunds, der seine Mündelin heirathet oder sie von seinem Sohn heirathen läßt, ehe sie volljährig geworden, und die zustehende Restitution verjährt ist,[s] die Infamia, die eine Folge doppelter Ehe oder doppelter Sponsalien, der Verletzung des Trauerjahrs, des Dieners fremder Wollust als Gewerbe oder wider die Natur, des Auftretens als Schauspieler, der Vermiethung zu Thierkämpfen war.[t]

Die Infamia ist aber nicht die einzige Ehrenminderung, die rechtlich in Betracht kommt. Der Censor, dem es oblag, einen Theil der politischen Wirkungen der Infamia zu realisiren, durch Ausstoßung der Infamis aus dem Tribus, dem Senat und dem Ritterstand, hatte in seiner Amtsgewalt das Mittel, auch außer den gesetzlichen Fällen seiner Ueberzeugung von der Unwürdigkeit eines Bürgers, als Organ des Nationalgefühls Folge zu geben durch Entziehung der politischen Rechte, indem er einen Bürger aus den Tribus u. s. f. entfernte, oder ihn überhaupt durch Beisetzung eines ihm zu machenden Vorwurfs bei seinem Namen in den Listen (subscriptio censoria) der öffentlichen Mißachtung überlieferte (Bd. 1 S. 175 f.). Aber auch andere Behörden und eben so die Richter hatten in ihrem Wirkungskreis das Recht, der Ueberzeugung des Volks und ihrer eigenen von der Unwürdigkeit eines Bürgers Wirksamkeit zu ver-

---

dem man vorher schon die Insolvenz angezeigt oder Nachlaß erhalten hatte — [bonamve copiam iuravit — posse gehört zusammen (Huschke, Recht des Nexum S. 138 Note 189) und darf nicht mit bonam copiam eiurare (Cic. ad fam. IX. 16. Fest. eiuratio), seinem directen Gegentheil, verwechselt werden]; 3) Steckenlassen der Bürgen; 4) Mission und Proscription, ausgenommen gegen das Vermögen eines Abwesenden und Pupillen, §. 179 hh. R.)

q) L. 43 §. 12. 13 D. de ritu nupt. (23, 2.)

r) L. 41 C. de transact. (2, 4.)

s) L. 66 pr. D. de ritu nupt. (23, 2), L. 6. 7 C. de interd. matr. inter pup. (5, 6.)

t) L. 1 §. 6 D. de postul. (3, 1), Lex iulia mun. (tab. heracl. v. 122. 123.) L. 1 D. de his qui not. inf. (3, 2.)

schaffen in Verhältnissen, bei denen eine Entscheidung nach einem durch die Qualität der Person bestimmten Ermessen eintritt, wie z. B. bei der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugnisses, ferner der Begründung der querela inofficiosi testamenti, wo nicht blos auf die Infamia, sondern auch auf eine solche ignominia oder nota, die es in den Augen des Volks ist, wenn ihr auch nicht durch ein bestimmtes Gesetz der Charakter der Infamia gegeben wird, Rücksicht genommen werden muß.[u]) So kommen neben den infames auch andere ignominiosi, notati, turpes personae im Recht zur Sprache, obwohl eine solche unbestimmte Ehrenminderung niemals gleiche Bedeutung mit der Infamia gehabt hat.

Allerdings aber hat sich gerade diese unbedeutendere Wirkung, welche die Infamia mit der sonstigen nota oder turpitudo gemein hat, länger erhalten, als die eigenthümliche der Infamia selbst. Von der Entziehung des ius suffragii konnte schon unter den Principes nicht mehr die Rede sein, auch die des ius honorum wurde unter dem despotischen Regiment unpraktisch. Die Gemeindeämter, auf die man die Unfähigkeit der Infames vorzugsweise hätte anzuwenden gehabt, wurden so sehr geflohen, daß es als eine Wohlthat erschien, derselben unfähig zu sein (Band I §. 123). Die Beschränkung der Ehe hörte auf. Ebenso die Beschränkung der Stellvertretung im Proceß.[v]) Die Unfähigkeit zu postuliren (zur Advocatur) ist als eigenthümliche Wirkung der Infamia geblieben, diese Wirkung fällt indessen nach der späteren Gerichtsverfassung unter die Unfähigkeit zu Aemtern, denn ein solches ist die Advocatur in jener Zeit geworden (§. 183).

Wir haben in der Ehrenminderung eine Quelle von Unterschieden innerhalb der Civität kennen gelernt, die sich zunächst auf das öffentliche Recht bezog, aber auch auf das Privatrecht nicht ohne Einfluß blieb. Es giebt noch andere Momente von solcher Wirkung. Im älteren Recht gehörte dahin die Unterscheidung der Bürger in Patricier und Plebejer, die auch die Privatrechtsfähigkeit afficirte. Es ist in der Geschichte des Rechts angegeben worden, wie dieser Unterschied nach und nach seine Bedeutung verlor. Das Einzelne wird bei den

---

u) L. 27 C. de inoff. test. (3, 28.) (Die Maßregeln bei Cic. in Verr. II. 2 c. 27 beruhen jedoch auf reiner Willkühr. R.)

v) §. ult. I de except. (4, 13.)

einzelnen Rechtsinstituten vorkommen. Andere Standesverschiedenheiten haben besonders im späteren Recht in manchen Punkten eine erhebliche Differenz der Rechte zur Folge, wie der Soldatenstand, später der Staatsdienst überhaupt. Unter den christlichen Kaisern wurde die Religion eine bedeutende Quelle der Rechtsverschiedenheit; theils das Bekenntniß einer von dem Christenthum verschiedenen Religion, theils vornehmlich das einer Abweichung von der orthodoxen christlichen Lehre (die Häresie) und der Abfall vom Christenthum oder von der orthodoxen Lehre (die Apostasie) hatten Beschränkungen der Rechtsfähigkeit zur Folge, die bei manchen Häretikern und Apostaten nahe an eine völlige Rechtlosigkeit streiften. w)

b. Nichtcives.

CCXVII. Es gab eine Zeit, wo jeder Nichtcivis an sich in Rom rechtsunfähig war. Dieser Zustand wurde durch Bündnisse mit auswärtigen Völkern modificirt, die Erweiterung dieser Bündnisse und die Unterwerfung anderer Völker unter die römische Herrschaft, ihre mehr oder weniger vollständige Incorporation in den römischen Staat, ohne daß die Unterworfenen der römischen Civität theilhaftig wurden, brachte eine Umkehr jenes alten Rechtssatzes hervor. Auch die Nichtcives, wenn sie frei waren, wurden im allgemeinen als rechtsfähig erklärt, nur bestand freilich noch immer der große Unterschied zwischen ihnen und den Bürgern, daß jene nicht bloß der politischen Rechte entbehrten, sondern auch das ius civile als ein proprium ius civium romanorum festgehalten wurde, und die Nichtcives der Regel nach auf das Jus Gentium angewiesen waren. a)

Den vollständigen Gegensatz gegen die Cives bilden die peregrini. Für die Zeiten des äußeren Wachsthums des römischen Staats hat man bei diesem Ausdruck nicht bloß an auswärtige Nationen zu denken, der größte Theil der Einwohner der römischen Staatsgebiete selbst bestand aus solchen Nichtcives, ja diese gerade haben wir uns als die Personen vor Augen zu stellen, durch welche der Begriff vornehmlich praktisch war. Der Begriff der Peregrinität enthält die Unfähigkeit des ius civile, den Mangel des Commercium und des Connubium. Dieß schließt nicht aus, daß man einzelnen Peregrinen,

---

w) Vgl. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. I §. 130.

a) S. im ersten Band die Geschichte des Jus Gentium §. 83. 84.

ohne ihnen die Civität zu ertheilen, das Commercium: die Fähigkeit des Eigenthums nach ius quiritium mit seinen Erwerbungen, römischer Obligationen, römischer Testamente und der Erwerbung daraus — ganz oder theilweise, [b]) ebenso das Connubium: die Fähigkeit römischer Ehe und Familienrechte [c]) durch besondere Concession verleihen konnte. Noch weniger wird jenes Princip der Unfähigkeit zum Jus civile dadurch verändert, daß manche Vorschriften römischer Leges auf die Peregrinen durch Gesetze übertragen wurden, [d]) oder der Prätor manche Sätze des Jus civile durch Fiction auf sie anwendbar machte. [e]) Außerdem sind die Peregrinen nur des Jus Gentium fähig, und ihrer besonderen Landesrechte, soweit sie von den Römern anerkannt werden. [f])

Peregrine ist jemand von Geburt, der Regel des Jus Gentium nach (§. 211), wenn seine Mutter Peregrina ist, wessen Standes auch der Vater sein möge. Anders wenn die Mutter mit dem Vater Connubium hatte (Note c), hier tritt das Princip des Jus civile ein, daß die Kinder dem Stand des Vaters folgen. Es ist oben aus-

---

b) Ulpian. XIX. 4: Mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos coloniarios latinosque iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est. XX. 14 Cic. pro Archia 5: — iis temporibus, quae tu criminaris ne ipsius quidem iudicio eum in civium romanorum iure esse versatum, et testamentum saepe fecit nostris legibus et adiit hereditates civium romanorum.

c) Ulpian. V. 4: Connubium habent cives romani cum civibus romanis, cum latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. Den gewöhnlichsten Fall, wo dieses geschah, erwähnt Gaius I. 57, wozu die Soldatenabschiede zu vergleichen sind, in denen es heißt z. B. — veteranis — honestam missionem et civitatem dedit, quorum nomina subsripta sunt, ipsis, liberis posterisque eorum, et connubium cum uxoribus, quas tunc habuissent, cum est civitas iis data, aut si qui caelibes essent, cum iis, quas postea duxissent dumtaxat singuli singulas, s. Haubold opusc. II p. 852 sqq. Die Frauen blieben Peregrinen, aber die Ehe sollte eine römische sein, und die römischen Folgen, namentlich in Beziehung auf die Kinder haben. Vgl. Savigny II S. 41 ff.

d) Z. B. §. 213 Note hh.

e) Gai. IV. 37.

f) Diese Berücksichtigung particulärer Landesrechte kam besonders in der Provincialjurisdiction, und hier vornehmlich da vor, wo die Provincialen einheimische Richter erhielten, Band I §. 67. Vgl. Ulpian. XX. 14: — is qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest — quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur.

geführt worden (§. 213 Note xx), daß die Lex Aelia Sentia gewisse Freigelassene zu Peregrinen machte mit dem Recht, durch Ehe mit Cives oder Latinen zur Civität zu gelangen, eine solche Ehe ex lege aelia sentia war eine civilrechtliche zu nennen, man konnte sagen, das Gesetz habe Connubium unter jenen Personen eingeführt, [g]) und es trete daher die civilrechtliche Regel ein, daß das Kind dem Stand des peregrinischen Vaters folge. Dieß ließ sich ex lege aelia sentia jedoch nur im Fall einer solchen Ehe behaupten, in andern Fällen mußte man bei der Regel des Jus Gentium stehen bleiben, wonach das z. B. von einer Civis Romana mit einem Peregrinen erzeugte Kind Civis ist. Ein Senatsbeschluß aber unter Hadrian verordnete, daß überall, möge Connubium sein oder nicht, das Kind eines Peregrinus ebenfalls Peregrine heißen solle. [h]) Peregrine kann jemand auch werden durch Verlust der Civität (§. 220), endlich durch Freilassung ex lege aelia sentia. Der eine Fall der letzteren ist eben wieder erwähnt worden, es ist durch die Lex Junia weggefallen, der andere ist bis auf die späteren Zeiten geblieben: die dediticia libertas (§. 213), durch welche eine besondere, gegen die sonstige ungünstiger gestellte Classe der Peregrinität entstand. Der Name dediticii rührt von den Völkern her, die durch Waffengewalt und Dedition der römischen Herrschaft unterworfen wurden, [i]) und die in eine ungünstigere Stellung zu dem römischen Staat, als andere ihm unterthänige gebracht zu werden

---

g) Gai. I. 80, nur daß hier die Sache nach dem späteren Recht (seit der Lex Junia) dargestellt wird, wo jene Peregrinen der Aelia Sentia als Latinen behandelt wurden, s. §. 213 Note xx.

h) So stellt Gaius I. 78 die Sache dar. Bei Ulpian dagegen findet sich folgende Aeußerung, V. 8: Connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur, non interveniente connubio matris conditioni accedunt, excepto eo, qui ex peregrino et cive romana peregrinus nascitur, quoniam lex *mensia* ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi iubet. Eine Lex Mensia wird nur an dieser Stelle erwähnt. Erwägt man, daß in der Handschrift der Name der Aelia Sentia nirgends richtig geschrieben ist, so wird es erlaubt sein, anzunehmen, daß unter diesem mensia eben so jenes Gesetz verborgen liege, wie an den übrigen Orten unter ascia. Das Resultat ist dann, daß Ulpian nur unvollständig in der Angabe der Quellen ist, indem er nur Eine nennt, und das ergänzende S. C. wegläßt, wie er umgekehrt III. 3 nur die Lex Junia nennt, ohne die Lex Aelia Sentia zu erwähnen.

i) Gai. I. 14. Diese Stelle ist es ohne Zweifel, aus der Theophilus (I. 5, 3) und Isidorus (Orig. IX. 4, 49) geschöpft haben, was sie über diesen Punkt mittheilen.

pflegten. Der Unterschied bezog sich mehr auf das öffentliche Recht, und so sind im Grunde auch die Freigelassenen, welche ex lege aelia sentia dediticiorum numero sind, in Beziehung auf die privatrechtliche Fähigkeit nicht von andern Peregrinen unterschieden, nur daß bei ihnen von der Anwendung eines besonderen Landesrechts nicht die Rede sein konnte (Note f). Dieß letztere gilt auch von denen, die durch eine Strafe die Civität verloren haben, und Peregrinen geworden sind. [k]

Zwischen den Peregrinen und den Cives besteht eine Mittelstufe: die Latinität, deren privatrechtliche Bedeutung die Fähigkeit zu den römischen Vermögensrechten, das Commercium ist. Den Mangel des Connubiums haben die Latini mit den Peregrinen gemein. [l]

Als ein Begriff des öffentlichen Rechts hat die Latinität unbezweifelt ein sehr hohes Alter, er ist durch die politischen Vorzüge entstanden, die das latinische Volk (nomen latinum) vor andern socii populi romani voraus hatte, und die auch auf die coloniae latinae (latini coloniarii im Gegensatz zu jenen latini, die, wie Gaius I. 79 sagt, peregrinorum numero waren, d. h. einen besonderen Staat bildeten) übertragen wurden. Es fragt sich aber, ob auch jene privatrechtliche Bedeutung (Commercium oder Connubium) schon in die „Latinität" des latinischen Volks und der latinischen Colonien gelegt werden darf? [m] Es existirt kein irgend haltbarer Grund für das Gegentheil; [n] so scheint nur als das Natürlichste angenommen werden zu müssen, daß schon in dem Recht des latinischen Volks das Commercium als privatrechtliches Element des Verhältnisses lag, und daß es von diesem auf die latinischen Colonien übergieng, nicht erst, wie man geglaubt hat, in späterer Zeit will-

k) L. 17 §. 1 D. de poen. (48, 19): — ἀπόλιδες — sine civitate.

l) S. Note b. c.

m) Vgl. darüber im ersten Band §. 62. 63.

n) Daß Gaius I. 79 das latinische Volk zu den Peregrinen nicht in dem privatrechtlichen Sinn, wo das Wort den Mangel des Commercium und Connubium bezeichnet, rechnet, ist so eben schon bemerkt worden. — Huschke (Servius S. 571 Note 90), der annimmt, Latium und die latinischen Colonien hätten ursprünglich das Commercium gehabt, glaubt, es habe nach dem großen latinischen Krieg aufgehört, wegen Liv. VIII. 14: ceteris latinis populis connubia commerciaque et concilia inter se ademerunt. Aber das *inter se* geht auch auf connubia und commercia: es wurde der politische, und der größeren Sicherheit gegen neue Einverständnisse wegen, auch sogar der privatrechtliche Verkehr der Städte unter einander verboten.

führlich und ohne Vorgang für diese erfunden worden ist. Denn daß latinische Colonien das Commercium gehabt haben, ist ausgemacht, bestritten ist nur, ob alle oder, wenigstens von Anfang, nur einige dieses Vorzugs theilhaftig gewesen sind. [o])

Zwei Classen von Rechten sind in dem Commercium enthalten: der Vermögensverkehr unter Lebenden und die testamentarische Erbfolge. Nun wäre es wohl denkbar, daß man den latinischen Colonien (vielleicht auch schon dem latinischen Volk) nur den ersten Theil des Commerciums zuerkannte, bei dem die Römer selbst theils ein Privatinteresse hatten, für ihren Verkehr mit jenen Städten, theils ein öffentliches, weil dieses Commercium nöthig war, um sie dem römischen Census zu unterwerfen, während man nicht geneigt war, zuzulassen, daß römisches Gut durch Erbfolge an sie komme. Dieser Theil des Commerciums wäre dann etwa einigen Colonien als Vorrecht ertheilt worden, und erst später an alle gekommen. Wie dem auch sei, eine sichere Thatsache ist es, daß Cicero von einer Zeit spricht, wo nur eine geringe Anzahl latinischer Colonien das Recht hatte, daß ihre Bürger aus dem Testament eines römischen Bürgers etwas erwerben konnten. [p]) Eben so gewiß ist, daß zur Zeit der classischen Juristen alle latini coloniarii das volle testamentarische Erbrecht besaßen. Dagegen gab es seit der Lex Junia (§. 213) eine Art von Latinen, die in dieser Beziehung wiederum beschränkt waren. Es sind die latini iuniani, welche, in unvollkommener Form freigelassen, durch die Lex Junia für frei und Latinen erklärt sind. Diese haben das Commercium, wie die latini coloniarii, ja sie haben damit auch an sich das testamentarische Erbrecht, weshalb sie z. B. bei einem Testament Zeugen sein können, aber das Gesetz hat ihnen

o) Gaius III. 56 (und ähnlich Fragm. dosith. 8) sagt, die Freigelassenen ex lege iunia seien latini genannt worden, qui lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives romani ingenui, qui ex urbe Roma in latinas colonias deducti latini coloniarii esse coeperunt, er knüpft also den Rechtszustand jener an den dieser an, oder vielmehr er sagt, das Gesetz habe ihn daran angeknüpft, und darin liegt, daß der Gesetzgeber das Commercium als eine herkömmliche Qualität der Coloniarlatinen annahm, und zwar aller ohne Unterschied, womit die künstliche Entstehung als eine ersonnene Singularität sich nicht sonderlich verträgt.

p) Band 1 §. 63 a. E. Es liegt darin keineswegs, daß in den übrigen keine römischen Testamente hätten gemacht werden können, wohl aber, daß auch die Römer aus den Testamenten solcher beschränkter Latinen nichts erwerben konnten.

durch eine singuläre Vorschrift das Recht, ein Testament zu machen, und folgeweise auch das, aus einem Testament zu erwerben und zu Tutoren darin ernannt zu werden, entzogen.[q])

Zur Zeit der classischen Juristen gab es folgende Arten von Latinen:

1) Latinität durch Bürgerrecht in einer Commune, welcher das Ius Latii ertheilt worden ist. Dieß ist die Latinität der latini coloniarii, die das volle Commercium ohne irgend eine Beschränkung in sich schließt.

2) Latinität durch Freilassung. Auch diese begreift das Commercium, aber es kommen hier Beschränkungen vor, welche eine weitere Classification dieser Latinen erheischen. Auf den Grund einer Freilassung (unmittelbar oder mittelbar) sind Latinen:

a) die von dem bonitarischen Eigenthümer, ferner von dem Eigenthümer während eines an dem Sclaven bestehenden Usufructus oder Pfandrechts Freigelassenen (§. 213, 2);

b) die unter dreißig Jahren ohne Beobachtung der von der Lex Aelia Sentia gegebenen Vorschrift Freigelassenen (§. 213, 3);

c) die inter amicos, per epistolam u. s. f. Freigelassenen, denen die Lex Iunia die latinische Freiheit giebt, die latini iuniani (§. 213, 1), wohin dann auch gewisse ohne eigentliche Manumission Freiwerdende gerechnet wurden;[r])

d) die Nachkommen solcher Freigelassenen, deren Latinität sich also wenigstens mittelbar von einer Freilassung, ihrer Vorfahren nämlich, herschreibt.

Gewiß ist es, daß die unter c Genannten der obengedachten Beschränkung hinsichtlich des testamentarischen Erbrechts unterliegen, wie es auf der andern Seite nicht bezweifelt wird, daß die unter d Aufgeführten anlangt, so pflegen die Neueren sie unter dem Namen der iuniani mit zu begreifen, wozu die Redeweise der Quellen durchaus keine Berechtigung giebt,[s]) und auch für sie jene Beschränkung

q) Gai. I. 22—24. III. 56. Ulpian. XX. 8. 14. XXII. 3. Eine besondere Schrift über diesen Gegenstand ist: v. Vangerow, über die Latini Juniani 1833.

r) L. un. §. 3. 4 C. de lat. lib. toll. (7, 6.)

s) Daß z. B. Ulpian XIX. 4 nur cives romani, latini coloniarii, la-

stillschweigend anzunehmen. In unsern Quellen wird weder dieß noch das Gegentheil ausdrücklich gesagt. Suchen wir aber die Frage nach dem Sinn der Lex Junia zu beantworten, so war der Grund, aus dem sie ihren Latinen jene Beschränkung auferlegte, folgender. Die inter amicos u. s. f. Freigelassenen waren bis auf dieses Gesetz Sclaven, nur von Sclavendiensten frei gewesen, was sie erwarben, war ein Peculium, das bei ihrem Tod dem Herrn oder seinen Erben zufiel. Dieß war die Absicht der Herren, wenn sie einen Sclaven auf jene unförmliche Weise frei zu geben sich begnügten. Hätte nun die Lex Junia erklärt, solche Freigelassene sollten Latinen mit dem Recht zu testiren sein, also mit der Möglichkeit, ihren Freilassern ihr Vermögen durch Testament ganz oder theilweise zu entziehen, so würde sie ganz ohne Noth den Herren die Möglichkeit, eine Gunst unbeschadet ihres Interesses zu erweisen, entzogen, und dadurch zugleich den Sclaven einen schlechten Dienst gethan haben, indem nun gewiß viele Herren der Freilassung, da sie nicht mehr mit Vorbehalt des vollen Erwerbs der Hinterlassenschaft hätte geschehen können, sich ganz enthalten hätten. Es ist also der von der Lex Junia im wesentlichen respectirte Wille des Herrn, der den Latini Juniani jene Beschränkung auferlegt. Kann man dasselbe sagen bei den von dem bonitarischen oder sonst beschränkten Eigenthümer, ferner bei den in einem Alter unter dreißig Jahren Freigelassenen? Keineswegs; hier den Herren jenen Vortheil zuzuwenden, wäre ohne alle Raison, wenigstens nicht der ratio legis iuniae gemäß gewesen. Hätten nun die römischen Juristen dennoch diese andern Latinen wie die Juniani behandelt, so hätten sie einen ganz andern Grund dafür haben müssen: ein solcher ist uns nicht bekannt, wir sind daher auch nicht berechtigt, jene gleiche Behandlung, die durch keine Stelle bezeugt wird, anzunehmen.

Bei der Aufzählung der Latinen durch Freilassung ist nur auf die durch Cives Romani Freigelassenen Rücksicht genommen worden. Eine andere Classe derselben bilden die durch Latinen, die der römischen

---

tini iuniani, peregrini aufführt (Note b), kann nicht beweisen, weil die Aufzählung in jedem Fall eine unvollständige bleibt, da sie auch bei jener Ausdehnung des Ausdrucks latini iuniani nicht die Nachkommen derselben begreifen würde.

Freilassungen fähig sind, Manumittirten. Diese können stets nur Latinen werden; auch sie aber sind keine Juniani, nur für die von Juniani Freigelassenen könnte man sich die Beschränkung, der ihr Manumissor unterlag, denken, zum Vortheil des Patrons dieses Letzteren.[t]

c. Uebergang zur Civität.

CCXVIII. Civis ist jemand entweder von Geburt, oder ist es erst nachher geworden. Von den letzteren Fällen steht am nächsten der Geburt die Erwerbung der Civität durch Freilassung, wo jemand Civis wird in dem Augenblick, zwar nicht, wo er Mensch wird, aber wo er in die Reihe der berechtigten Wesen eintritt. Endlich kann jemand, der bisher schon eine rechtliche Existenz hatte, die Civität erwerben, und dadurch aus einem geringeren Stand: der Peregrinität oder Latinität, in jenen höheren übertreten.

Durch Geburt wird Civis der in einem legitimum matrimonium Erzeugte, wenn es der Vater gewesen ist, außerdem wenn die Mutter diesem Stand angehört. Die Modificationen dieses Grundsatzes sind schon an andern Orten vorgekommen (§. 211. 217).

Durch die Freilassung wird Civis der von einem Civis Manumittirte. Die bedeutenden Modificationen dieser Regel sind oben angegeben worden (§. 213. 217).

Ein Peregrine oder Latine kann durch ein Gesetz die Civität erwerben, welches einem gewissen Umstand diese Folge beilegt.[a] Die meisten dieser Erwerbungen beziehen sich ausschließlich auf Latinen, so daß diesen ein viel leichterer Uebergang zur Civität geöffnet ist, als den Peregrinen. Für die Latinen, welche Cives werden, wird der Ausdruck: Erwerbung des ius quiritium gebraucht, für die Pe-

---

t) Daß wir das Detail aller dieser einzelnen Fälle in unsern Quellen nicht erörtert finden, darf bei der Beschaffenheit derselben nicht wundern. Es konnte nicht in die compendiarischen Werke aufgenommen werden, die uns in ihrer Reinheit überliefert sind, und von den Schriften, in die es gehört, sind uns für diese Materie nur Excerpte in einer Compilation zugekommen, deren Verfertiger jenes Recht als antiquirt wegzulassen hatten.

a) Nur den peregrini dediticii soll die Civität stets verschlossen sein (§. 217).

regrinen nur der allgemeine: Erwerbung der Civität.[b]) Die einzelnen Arten dieser Erwerbungen sind folgende:[c])

1) Die älteste bekannte Bestimmung dieser Art ist die, wonach die Bürger latinischer Colonien durch eine in ihrer Stadt bekleidete Würde Anspruch auf die römische Civität erhalten (Bd. I S. 209 f.).

2) Die Lex Aelia Sentia, indem sie auf der einen Seite gewissen Freigelassenen die Civität verschloß, hat auf der anderen diesen Umstand zur Beförderung des Familienstandes benutzt. Wenn der, welcher wegen mangelnden Alters bei der Freilassung von der Civität ausgeschlossen worden ist, eine Frau nimmt, entweder eine Bürgerin oder eine Latina coloniaria, oder eine, die wenigstens seinem eignen Stand angehört (die Lex Junia hat dieß nachher kürzer so bestimmt: eine Civis oder Latina irgend einer Art), und seine Absicht, eine wirkliche Ehe einzugehen, vor nicht weniger als sieben mündigen römischen Bürgern ausdrücklich bezeugt, wenn er sodann aus dieser Ehe ein Kind hat, und dieses ein Jahr ist (anniculus): so kann er den Prätor oder den Präses der Provinz angehen, jene Thatsachen darthun (causam probare), und erwirbt, sowie die Behörde ausspricht, daß die Thatsachen sich wirklich so verhalten, mit Weib und Kind (wenn diese nicht ohnedieß schon Cives sind),[d]), die Civität. Stirbt er, ehe er die causae probatio vorgenommen hat, so können

---

b) Das letztere ist die allgemein zuläßige Bezeichnung, die daher auch von Latinen (obwohl nicht regelmäßig) gebraucht wird, Gai. I. 28, das erstere ist in genauer Rede auf die Latinen beschränkt. Diese Verschiedenheit des Ausdrucks tritt besonders klar hervor in Plin. epist. X. 4. 6. 22. 23. 105. 106. Beide Ausdrücke sagen der Sache nach dasselbe, aber ius quiritium bedeutet die Differenz des römischen Bürgers und anderer Angehöriger des römischen Staats; während nun Latinen nur Staatsangehörige sein konnten, war mit der Benennung peregrinus noch nicht gesagt, ob die Person schon im römischen Staatsverband stand, oder außerhalb desselben (ein Fremder im gewöhnlichen Sinn) war. Daher bediente man sich bei Peregrinen schlechtweg des Worts, das auch in dem letzteren Fall, bei einem bisher dem Staat (der civitas in diesem Sinn) ganz Fremden zuläßig war. Vgl. Huschke über die Stelle des Varro rc. S. 80 f. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. I §. 124 a. E.

c) Eine Aufzählung und Erörterung derselben enthalten Gai. I. 28—34. 66—96. Ulpian. III. VII. 4.

d) Wenn das Weib civis ist, so ist es auch das Kind schon bei seiner Geburt, wenn der Vater ein Latinus ist. Genau genommen hätte man sagen müssen, zwischen dem Latinus und der Civis Romana besteht eine Ehe ex lege aelia sentia et iunia, also ein legitimum matrimonium, mithin müsse der Grundsatz angewendet werden, daß das Kind dem Stand des Vaters folge.

noch Frau und Kind, sofern sie ein Interesse dabei haben, sie nachholen. Dieses Recht ist nachher auch auf die erstreckt worden, die nicht wegen ihres Alters unter dreißig Jahren, sondern aus einem andern Grund durch Freilassung Latinen geworden sind (also auch auf die Latini Juniani), durch ein S. C. unter den Consuln Pegasus und Pusio unter Vespasian.

3) Nun kann es geschehen, daß ein Latinus, indem er jenen Weg einschlägt, um anniculo zur Civität zu gelangen, aus Irrthum eine Peregrina heirathet, dieser Irrthum, wenn er ihn nachweist, soll ihn nicht hindern, wie sonst durch den Anniculus die Civität zu erwerben. Ja ein solcher Irrthum kann auch sonst zur Civität verhelfen. Wenn ein Civis eine Latina oder Peregrina heirathet, weil er entweder sich für gleichen Standes mit seiner Frau oder diese für gleichen Standes mit sich hält, und eben so, wenn eine Bürgerin aus Irrthum unter ihren Stand heirathet, so kann, wenn ein Kind aus dieser Ehe vorhanden ist, ohne daß hier ein bestimmtes Alter desselben gefordert wird, für den Gatten und das Kind die Civität durch causae probatio erlangt werden. Diese erroris causae probatio eingeführt durch ein S. C., dessen Alter unbekannt ist, nur daß es gewiß schon vor Hadrian gegeben war. [e])

4) Auf die unvollkommene Freilassung (inter amicos u. s. f.) konnte vor der Lex Junia, da der Freigelassene noch Sclave blieb, eine vollkommene (durch Vindicta u. s. f.) folgen, die ihm die wirkliche Freiheit gab. Nach jenem Gesetz wäre dieß eigentlich nicht mehr möglich gewesen, da es dem formlos Manumittirten die Freiheit gab, und ein Freier nicht manumittirt werden kann. Um aber die Wohlthat, die sie jenen Freigelassenen erwies, nicht dadurch in einen Nachtheil zu verkehren, daß sie es dem Herrn unmöglich machte, den Freigelassenen nachholend auf eine höhere Stufe zu heben, bestimmte sie entweder ausdrücklich, oder die Juristen haben es durch Interpretation festgestellt, daß der Latinus Junianus durch Nachholung der feierlichen Manumissionsform (iteratione), wodurch der Herr die Vortheile, die ihm die latinitas iuniana des Freigelassenen gewährt, aufgiebt, zum Civis gemacht werden kann.

Diese Ansicht ist aber durch Hadrian mittelst seines Senatsbeschlusses verworfen worden.

e) Nach Gaius I. 73. III. 73.

5) Nach der Lex Visillia (oder Visellia) erwirbt der Latine die Civität durch einen sechsjährigen (nach einem S. C. schon einen dreijährigen) Dienst unter den vigiles in Rom.

6) Der Latine, welcher (in Rom) ein Haus baut, sofern er einen gesetzlich bestimmten Theil seines Vermögens darauf verwendet, wird Civis; [f]) eben so

6) nach einem Edict des Claudius der Latine, welcher ein Schiff von wenigstens zehntausend Modien Gehalt baut, und damit sechs Jahre lang Getreide nach Rom führt;

8) der Latine, welcher ein pistrinum (Mühle mit Bäckerei) anlegt und, wie dieser Fall der Erwerbung wahrscheinlich zu verstehen ist, eine gewisse Zeit lang Rom daraus mit Mehl und Brot versorgt.

9) Nach einem Senatsbeschluß wird die Latina, welche dreimal geboren hat, Civis Romana. [g])

10) Noch Constantin hat einen Fall hinzugefügt: der Latine, welcher einen Jungfrauenraub anzeigt, soll zur Belohnung Civis werden. [h])

Endlich kann die Civität einem Latinen oder Peregrinen durch eine personelle Verfügung ertheilt werden. Dahin gehören die Verleihungen, durch welche die Civität allmählich über ganz Italien erstreckt wurde (Band I §. 64), in der dritten Periode hatte der Princeps die Befugniß, das Bürgerrecht, wenn er wollte, zu ertheilen. Bei der Ertheilung an einen Latinus Junianus war das Interesse des Patrons gefährdet, wenn nun die Vorschrift der Lex Junia, die ihm die Güter des Libertus auf den Todesfall ungeschmälert wie einem Herrn zusprach, außer Anwendung gekommen wäre. Daher verordnete ein Edict Trajan's, ohne Zustimmung des Patrons solle der Latinus beneficio principis zwar Civis werden können, aber

---

f) Vgl. außer den Note c cit. Stellen L. 139 D. de V. S. (50, 16.)

g) Ulpian III. 1: — praeterea ex S. C. vulgo quae sit ter enixa. Die Annahme, das S. C. habe ausdrücklich eine Person, die sich öffentlich Preis giebt, bezeichnet, ist nicht haltbar. Eben so wenig, daß es jene Bestimmung überhaupt auf Unverheirathete beschränkt habe; auch aus diesem Grund ist die Emendation Schilling's: virgo statt vulgo, zu verwerfen. Die vaticanische Handschrift rührt nicht von einem so sorgfältigen und genauen Schreiber her, daß die Substitution des passendsten Wortes: mulier für vulgo als ein Attentat erscheinen könnte.

h) L. 1 §. 4 C. Th. de raptu virg. (9, 24.)

dessenungeachtet bei seinem Tod, soweit es das Interesse des Patrons erheischt, wie ein Latinus behandelt werden.[i]) Es war also hier ein bedeutender Unterschied zwischen dieser und jenen andern Arten der Erwerbung des Jus Quiritium. Hadrian fand es für billig, durch den Senat festsetzen zu lassen, daß ein solcher durch den Princeps mit dem Bürgerrecht Begabter nachher noch immer, wie wenn er noch Latine wäre, einen jener andern Wege zur Erwerbung der Civität ohne jene Beschränkung einschlagen könne.[k])

Die Imperatoren machten von dem Recht der Verleihung einen sehr umfassenden Gebrauch, den umfassendsten Caracalla, der die Civität mit einem Mal allen Einwohnern des römischen Reichs gab (Bd. I §. 95). Dieß war keineswegs eine Aufhebung der Gesetze, wodurch gewissen Freigelassenen nur die Latinität oder Peregrinität zugestanden wurde, eben so wenig war darin die Verfügung enthalten, daß künftig jeder Ausländer, der sich im Reich aufhalten oder niederlassen würde, als Civis gelten sollte, auch war dadurch nicht auf das Recht verzichtet, bei einer künftigen Vergrößerung des Reichs die Einwohner der neuen Provinz zu Latinen zu machen. Einen Augenblick waren nach der Constitution Caracalla's keine Latinen und Peregrinen mehr im römischen Reich, aber das Recht der Latinität und Peregrinität (durch und ohne Freilassung) war keineswegs abgeschafft, und im nächsten Moment konnten in Folge der bestehenden Gesetze, namentlich durch Freilassung eines minor XXX annorum, Manumissionen inter amicos, oder eines mit einer schimpflichen Strafe belegten Sclaven, Latinen und Peregrinen wiederum entstehen und sind auch fortwährend, in nicht geringer Anzahl, entstanden.

Als unter den christlichen Kaisern das alte ius civile, auf dessen Genuß sich die Unterscheidung zwischen Cives und Nichtcives ihrer privatrechtlichen Bedeutung nach als auf ihre Grundlage bezog, mehr und mehr zurücktrat und einem aus seinen und allgemeineren Principien gemischten Recht Platz machte, in welchem die letzteren die Principien des Jus Gentium, entschieden die Oberhand erhielten, mußten jene Unterschiede des Status Civitatis selbst, soweit nicht noch ganz besondere Folgen damit verbunden waren, in die

i) Gai. III. 72.
k) Gai. III. 73.

Vergangenheit entweichen. Solche besondere Folgen waren bei den Latini Juniani die bedeutenden Rechte des Patrons an der Verlassenschaft des Freigelassenen, wodurch jene Eigenschaft noch immer praktisch blieb. Nicht dasselbe kann, ihrer Beschaffenheit selbst nach, von den besonderen Beschränkungen behauptet werden, welchen die Dediticii ex lege aelia sentia unterlagen. Justinian sagt denn auch von dieser dediticia libertas, indem er die Verfasser seiner Gesetzbücher anweist, keine Rücksicht darauf zu nehmen, sie habe längst aufgehört in wirklicher Uebung zu sein. [l]) Zu gleicher Zeit hob er die latina libertas, und damit den letzten Rest jener alten Unterschiede auf; [m]) indem er alle freien Einwohner des Reichs als Cives zu behandeln gebot, fiel der status civitatis als ein besonderer Status in Wahrheit weg. Wir finden statt dessen einen Unterschied gemacht zwischen Einheimischen und Ausländern (barbari), aber dieser kann weder seinem Begriff noch seiner Wirkung nach auf die alte Civität und ihre Gegensätze zurückgeführt werden. [n])

Zum Schluß soll noch eine Ansicht über die beiden bisher dargestellten Bedingungen der Rechtsfähigkeit (Freiheit und Civität) erwähnt werden, die der Urheber derselben als die allein wahre und echtrömische aufgestellt hat. [o]) Er führt alles auf den Begriff des Eigenthums an dem menschlichen Körper zurück, das entweder ein Anderer habe, und das werde denn auch so ausgedrückt: der Mensch sei Sclave, oder er, der Inhaber dieses Körpers selbst, und das sei es, wofür man auch den Ausdruck der Freiheit habe. Dieses Eigenthum an seinem Körper habe der Mensch entweder von Geburt, das ist der Ingenuus, oder es sei ihm von dem bisherigen Eigenthümer übertragen worden, dann werde er Libertinus genannt. Ferner sei

l) L. un. C. de dedit. lib. toll. (7, 5.)

m) L. un. C. de lat. lib. toll. (7, 6.)

n) Wenn Valentinian und Valens die Ehe mit Barbaren (selbst mit solchen, die in den Bereich des römischen Staats versetzt worden sind: gentiles) bei schwerer Strafe verboten, L. un. C. Th. de nupt. gentilium (3, 13), so ist dieß keineswegs mit dem Mangel des Connubiums bei den Peregrinen in Verbindung zu bringen, denn diese Ausschließung des Connubiums war kein Verbot der Ehe. Eben so wenig steht das Verbot, Wein, Oel, Waffen an die Ausländer zu verkaufen (Cod. IV. 41: quae res exportari non debeant), mit dem Mangel des Commerciums nach Jus civile in Zusammenhang.

o) v. Vangerow, in der §. 217 Note q cit. Schrift, und wiederholt in seinem Leitfaden für Pand. Vorles. I S. 61.

dieses Eigenthum entweder quiritarisches, von einem solchen Eigenthümer seines Körpers sage man, er sei Civis, oder bonitarisches, und solche bonitarische Eigenthümer ihrer selbst hätten die Römer Latinen und Peregrinen geheißen. Es ist schwer, in dieser Theorie etwas anderes als eine neckische Mystification zu erblicken, so ernsthaft sie auch ihr Urheber vorgetragen hat, mag man die Sache vom römischen, oder vom allgemein juristischen, oder vom philosophischen Standpunkt aus betrachten. Abgesehen von dem anstößigen Mißgriff der Ableitung der Freiheit vom Eigenthum, war weder die Rechtsanschauung der Römer so dürftig, daß sie alles wohl oder übel über den Leisten eines einzigen Begriffs, des Eigenthums, hätten schlagen müssen, noch sind wir in diesem Fall. Fragen wir aber, wodurch die Römer die Zumuthung einer solchen Theorie verschuldet haben, so werden wir auf einen Dichter verwiesen, der einmal einen Freigelassenen sagen läßt: nun bin ich mein eigener Herr.[p])

C. Familia.

CCXIX. Die Rechtsfähigkeit eines Menschen hängt ab zuerst von seinem Verhältniß zu der Classification der Menschen in Freie und Sclaven, sodann von seiner Stellung im Staat, endlich von seiner Stellung in der Familie. Die Familie, von der hier die Rede ist, ist nicht die natürliche, sondern die civilrechtliche, auf juristischen Grundlagen beruhende (§. 194). Die Stellung aber in derselben kommt hier auf doppelte Weise in Betracht; Einfluß auf die Rechtsfähigkeit kann haben 1) die Mitgliedschaft in einer Familie überhaupt, 2) der Platz, den man in der Familie einnimmt.

Nach der ältesten Verfassung nahm der Bürger den von einem Amt unabhängigen Antheil am Regiment in und mit der Gens, zu der er, und zwar durch die Familie, deren Glied er war, gehörte, (Bd. I §. 39). Durch den Eintritt der Plebejer in den Staat trennte sich der Begriff des Civis von dem des Mitglieds einer Gens,

---

p) Pers. V. 88: vindicta postquam meus a praetore recessi —. Diese und eine gleiche Aeußerung des Dionysius (II. 27): während ein Sohn zweimal in die Gewalt des Vaters zurückfalle, werde der Sclave durch eine einzige Manumission „Herr seiner selbst," ist das Fundament, welches das Gebäude jener Theorie trägt.

die Plebejer waren das erste, ohne das letzte zu sein, aber es vergieng eine lange Zeit, ehe die Gentilität, die durch die Mitgliedschaft in einer patricischen Familie bedingt war, ihre staatsrechtliche Bedeutung verlor, und damit aufhörte, in dem Bewußtsein des Volks als eine Bedingung vollkommener politischer Rechtsfähigkeit zu gelten. Sie war dieses gewesen und konnte daher auf dieselbe Linie mit der Civität gestellt werden; mit der Aufhebung der politischen Vorrechte der Patricier fiel diese Stellung der Familie weg.

Im Privatrecht, wo die Civität Connubium und Commercium mit den Cives gab, verlieh die Gentilität ebenfalls die Möglichkeit gewisser rechtlicher Beziehungen zu den Genossen, von denen die nicht zu dieser Gens Gehörenden ausgeschlossen waren. Vom Standpunkt der einzelnen Gens aus konnte diese Ausschließung als ein Mangel vollständiger Rechtsfähigkeit, die Theilnahme als eine Bedingung derselben sich darstellen, eben so gut als die Ausschließung vom Connubium und Commercium mit den Cives vom Standpunkt der Civität aus. Der Unterschied aber war der, daß jene Anschauung eine bloß partikuläre war, vermöge deren die Familie nicht auf eine Linie mit der Civität, nicht als eine Bedingung gemeiner Rechtsfähigkeit aufgestellt werden konnte. Vom Standpunkt des gemeinen römischen Rechts aus erscheint vielmehr die Gentilität in dieser Beziehung nur als eine Eigenschaft, die zur Begründung gewisser Rechte gehört (wie z. B. auch das Bürgerrecht in einem gewissen Municipium diese Beschaffenheit hat), nicht als ein Status, der die Rechtsfähigkeit bestimmt. Ebenso ist es mit der Familie, abgesehen von der Gens, mit dem Agnatenkreis für sich: die Eigenschaft, Agnat einer andern Person zu sein, begründet gewisse und zwar sehr wichtige Rechte, auf die ein Nichtagnat keinen Anspruch hat, dessenungeachtet kann man die Persönlichkeit eines Agnaten nicht höher stellen, als die des Nichtagnaten, so wenig als man den Minderjährigen rechtsfähiger, denn den Volljährigen nennen kann, weil jenem gewisse Rechte gegeben sind, welche dieser entbehrt.

Das Resultat ist: es gab eine Zeit, wo die Mitgliedschaft in einer Familie als eine Bedingung der Rechtsfähigkeit neben der Civität aufgeführt werden konnte, schon geraume Zeit vor dem Untergang der freien Republik wurde dieß unstatthaft, und am meisten für die Privatrechtsfähigkeit. Dagegen hat die Familie einen solchen Einfluß auf die Persönlichkeit bis auf die neueste Zeit behalten durch

den zweiten Punkt: die Stellung, die jemand innerhalb der Familie einnimmt.

Der Begriff der (civilrechtlichen) Familie (§. 194) beruht auf gewissen Gewalten, denen Personen unterworfen sein können, nämlich der patria potestas und manus. Eine Familie besteht aus Personen, die gegenwärtig frei von einer solchen Gewalt sind, patresfamilias, und aus solchen, die noch unter dieser Gewalt stehen, unter der patria potestas als filii und filiae familias, oder unter der Manus, als Ehefrauen, die in einem tochterähnlichen Verhältniß zu dem Mann sich befinden. Diese Stellung in der Familie afficirt die Rechtsfähigkeit; insoweit ist die Natur jener Gewalten hier darzustellen, im übrigen wird davon an einem anderen Ort gehandelt werden.

Der Einfluß der patria potestas auf die Rechtsfähigkeit hat seine Quelle und Gränze in dem Grundsatz, daß der ihr Unterworfene kein Vermögensrecht haben kann, indem er alles, was er erwirbt, dem Vater erwirbt. Er hat kein Eigenthum, keine Forderung, und wenn er heirathet und Kinder erzeugt, so erwirbt er die Gewalt über die Kinder und über die Frau, eben weil sie diesen Einfluß auf das Vermögen hat, seinem Vater, bis er selbst gewaltfrei und dadurch fähig wird, jene Gewalt über andere zu haben. Weiter als jenes Princip der Vermögenslosigkeit reicht nun aber auch die Beschränkung der Rechtsfähigkeit durch jene Gewalten nicht. Daher ist der filiusfamilias der öffentlichen Rechte (soweit sie nicht ebenfalls durch ein Vermögen bedingt sind) vollkommen fähig, er ist Civis so gut als der Paterfamilias,[a]) ebenso der reinen Familienrechte, er kann eine Ehe schließen, in dem elterlichen und Kindesverhältniß stehen, er hat ferner das Commercium, und kann daher bei Mancipationen und Testamenten Zeuge sein, auch selbst civilrechtliche Geschäfte schließen, nur nicht solche, die ein eigenes Vermögen voraussetzen. Aus diesem Grund kann er kein Testament machen,[b])

---

a) L. 9 D. de his qui sui (1, 6): filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat vel tutor detur. Sofern freilich gewisse öffentliche Rechte (z. B. das Stimmrecht in den Centuriatcomitien) ein eignes Vermögen voraussetzen, steht die Unfähigkeit zu diesem auch jenen Rechten entgegen.

b) Ulpian. XX. 10: Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit.

es kann ihm auch nichts in iure cedirt werden, weil dieser Act den Ausspruch der Vindicationsworte durch ihn voraussetzen würde; diese kann er nicht sprechen, weil er nichts sein nennen kann.[c]) Der filiusfamilias ist endlich fähig, sich zu verpflichten, wie ein paterfamilias, und es können Klagen gegen ihn angestellt werden, Schulden setzen kein gegenwärtiges actives Vermögen voraus.[d])

Gläubiger kann ein filiusfamilias nicht sein, und daher auch keine Klage anstellen, denn Forderungen und Klagen sind Vermögensrechte.[e]) Dieser Grundsatz erleidet indessen eine Modification durch die Natur gewisser Klagen.[f]) Es giebt Klagen, die zwar dem Kläger einen Vermögenswerth verschaffen, deren eigentlicher Zweck aber nicht dieses, sondern die Ahndung einer unerlaubten Handlung des Beklagten ist; jene Leistung an den Kläger erscheint nur als Mittel dieser Ahndung. Darin liegt zugleich, daß es gleichgültig erscheinen kann, wer die Leistung erhält, wenn sie nur der zu Strafende verliert.[g]) Diese Klagen werden daher nicht als Vermehrung des Vermögens des Klagberechtigten aufgefaßt, sie setzen die Vermögensfähigkeit des Klägers nicht voraus, und können also auch von einem Filiusfamilias in eigenem Namen angestellt werden. Am sichtbarsten tritt jene Eigenschaft hervor bei den Popularklagen.[h]) Sie sollen das rechtliche Interesse der Gesammtheit schützen, jeder Bürger kann sie anstellen, gleichsam als Procurator des Volks; schon darum, weil sie jedem zustehen, können sie zum Vermögen keines Einzelnen gerechnet werden, qui habet has actiones, non intelligitur esse locupletior, es ist dieß auch gar nicht die Absicht

---

c) Gai. II. 96.

d) L. 57 D. de iudic. (5, 1) L. 5 pr. D. quod cum eo (14, 5), L. 39 D. de O. et A. (44, 7.) Auf dieser Möglichkeit, Schulden zu contrahiren, beruht auch das S. C. macedonianum, welches sie für einen einzigen, allerdings wichtigen, Fall beschränkt.

e) L. 9 D. de O. et A. (44, 7), L. 13 §. 2 D. quod vi (43, 24). Als Procurator kann er eine Klage anstellen, L. 8 pr. D. de procur. (3, 3): — ipse quoque filius procurator dari poterit et ad agendum et ad defendendum. In gewissen Fällen wird er sogar ohne Auftrag als Stellvertreter des abwesenden Vaters zugelassen, L. 8 pr. cit., L. 18 §. 1 D. de iudic. (5, 1.)

f) Vgl. zu dem Folgenden Savigny, System II §. 71—74.

g) Nicht bei allen Klagen auf Strafe ist dieß der Fall, sehr häufig soll die Strafe, die eingeklagt werden kann, dazu dienen, dem Kläger einen Ersatz für einen Vermögensnachtheil zu geben, nur daß derselbe sich nicht auf den bestimmt erweislichen Betrag des Schadens beschränkt.

h) Dig. XLVII. 23: de popularibus actionibus.

bei diesen Klagen, wenn sie auch nebenher die Folge haben, daß der Kläger durch ihren Gebrauch die Strafe gewinnt, in die der Beklagte condemnirt wird. Darum kann auch ein Filiusfamilias sie anstellen. Dasselbe tritt ein bei der actio iniuriarum, die auf eine Geldsumme geht, um den Beklagten zu strafen, die aber darum kein Mann von Ehrgefühl als einen Bestandtheil seines Vermögens zählen wird.[i]) Sie ist daher auch einem Filiusfamilias gestattet, doch hat man geeignet gefunden, diese Möglichkeit auf den Fall zu beschränken, wenn der Vater die dem Sohne widerfahrene Unbill zu ahnden verhindert ist oder schimpflicher Weise unterläßt.[k]) Eine ähnliche Bewandtniß hat es noch mit einigen andern Klagen.[l]) — Außerdem werden noch drei Klagen erwähnt, die möglicherweise von einer der väterlichen Gewalt unterworfenen Person in eigenem Namen angestellt werden können: die Dotalklage gegen den Ehemann auf Zurückgabe der Dos, die unter gewissen Umständen der Tochter (statt wie gewöhnlich dem Vater) zusteht,[m]) was in der besonderen Bestimmung der Dos seinen Grund hat, — sodann die actio depositi und commodati,[n]) was sich folgendermaßen erklärt. Ein Filiusfamilias kann eine Sache (zwar nicht juristisch, aber natürlich) besitzen, und deshalb mit einer dinglichen Klage belangt werden,[o]) wenn er nun diesen Besitz durch Depositum oder Commodatum einem andern anvertraut hat, so schien es billig, ihm jene Klagen zur Wiedererlangung zu verschaffen, bei der er, um den an ihn gemachten Ansprüchen zu genügen, vielleicht allein, sein Vater nicht interessirt ist. — In allen diesen Fällen, wo dem Filiusfamilias eine Klage zugestanden wird, lag in dem älteren Proceß noch eine Schwierigkeit, wenn die Klage eine formula in ius concepta hatte. Hier schloß ihn der Umstand aus, daß dem Kläger in der Intentio ein Forderungsrecht zugeschrieben wurde (§. 165), was

i) L. 28 D. de iniur. (47, 10): Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur antequam litem contestemur. Durch die Litiscontestatio wird die Natur des Anspruchs verwandelt.

k) L. 8 pr. D. de procur. (3, 3), L. 17 §. 10 sqq. D. de iniur. (47, 10.)

l) L. 12 D. de in ius voc. (2, 4), L. 22 pr. §. 1 D. de inoff. test. (5, 2), L. 13 §. 1 D. quod vi (43, 24).

m) L. 8 pr. D. de procur. (3, 3.)

n) L. 9 D. de O. et A. (44, 7), L. 19 D. depos. (16, 3.)

o) L. 36 §. 1 D. de H. P. (5, 3.)

bei einem Filiusfamilias unmöglich war. Diese Schwierigkeit wurde dadurch beseitigt, daß der Prätor eine formula in factum gab, in der eine solche Intentio nicht vorkam.[p] Wo der Prätor den Fall zu eigener Entscheidung ohne Judex, also zu einer extraordinaria cognitio geeignet fand,[q] entstand diese Schwierigkeit gar nicht, weil hier überhaupt keine Formel gegeben wurde. Dieser formenlosere Weg, welcher der Klage mehr den Charakter einer Beschwerde gab, wurde namentlich bei Ansprüchen der Kinder gegen die Gewalthaber, soweit das Recht solche anerkennt, eingeschlagen,[r] da hier ein eigentlicher und förmlicher Proceß nicht möglich ist.[s]

Der Grundsatz, aus dem sich die ganze Beschränkung der Filiifamilias ableitet, ist ihre Unfähigkeit, eignes Vermögen zu haben. Dieses Princip ist unter den Imperatoren modificirt worden, es wurden gewisse Erwerbungen ausgenommen, und diese Ausnahmen sind immer bedeutender geworden. Die nähere Darstellung derselben gehört in die Lehre von der väterlichen Gewalt. Soweit dadurch dem Sohne das Eigenthum gewisser Güter unbeschränkt zuerkannt wird (bei den bona castrensia und quasi castrensia), hört in dieser Beziehung seine Beschränkung durch die väterliche Gewalt gänzlich auf. Aber in den meisten Fällen, wo ihm jenes spätere Recht Eigenthum zuerkennt, geschieht es nur so, daß dem Vater noch sehr bedeutende Rechte an diesen Gütern eingeräumt werden, Rechte, die jenes Eigenthum für jetzt zu einem mehr nominellen machen; hier ist die Stellung des Filiusfamilias in vermögensrechtlicher Hinsicht nicht wesentlich verändert. Unfähigkeit, ein Vermögen zu haben (das Princip des alten Rechts), und Unfähigkeit, über das Vermögen, das man hat, irgendwie zu disponiren (die Regel des neuen Rechts), führen so ziemlich auf dieselben Beschränkungen der Persönlichkeit.

Frauenspersonen können nicht bloß in patria potestate stehen, und somit den bisher dargestellten Beschränkungen unterliegen, son-

---

p) L. 13 D. de O. et A. (44, 7): In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere.

q) L. 17 D. de reb. cred. (12, 1.)

r) L. 19 D. de ritu nupt. (23, 2), L. 32, pr. D. de adopt. (1, 7), L. 5 D. de agnosc. et alendis liberis (25, 3).

s) L. 4. 11 D. de iudic. (5, 1.)

dern auch in manu. Auch für die der Manus Unterworfenen gilt der Grundsatz der Vermögenslosigkeit mit seinen Folgen.[t])

Die Familie, von der bisher die Rede war, ist die agnatische, welche auf patria potestas und manus beruht. Nun kann man aber auch auf die Familie im weitern Sinn zurückgehen, deren Glieder außer jenen auch die in der dominica potestas und im Mancipium Befindlichen sind (§. 194). Alle diese Gewalten: potestas (über Freie und Sclaven), manus, mancipium werden in dem Wort ius zusammengefaßt. In Hinsicht auf diese Familie sind die Menschen entweder homines sui iuris oder alieno iuri subiecti.[u]) Aber der Sclave ist nicht durch die Potestas, in der er steht, also durch seine Stellung in der Familie, in seiner Rechtsfähigkeit beeinträchtigt, sondern dadurch, daß er Sclave ist, eine davon unabhängige Eigenschaft; folglich gehört die dominica potestas nicht in diesen Zusammenhang. Von dem Mancipirten dagegen ließe sich wohl sagen, daß er nur durch das Mancipium, in dem er sich befindet, in seiner Rechtsfähigkeit (und zwar auf ähnliche Weise, wie die in potestate und in manu Stehenden) beschränkt ist. Da aber seine Stellung der eines Sclaven sich nähert, so war sie eben so wohl an die Eintheilung der Menschen in Freie und Unfreie anzuknüpfen, wie dieß oben geschehen ist.

Capitis Deminutio.

CCXX. Wie ein Status erworben werden kann, das ist für die Libertas und Civitas bei diesen Status selbst dargestellt worden. Bei der Familia besteht die Erwerbung des Status nach der doppelten Auffassung desselben theils in dem Eintritt in eine Familia und Gens, in der man bisher nicht war, theils (was im neueren Recht allein noch den Charakter einer Vermehrung der Rechtsfähigkeit hat) in dem Uebergang aus der Stellung der personae alieno iuri subiectae zu der eines homo sui iuris, durch Endigung der potestas oder manus oder des mancipium. Davon wird in der Lehre von diesen Gewalten gehandelt werden.

Umgekehrt kann nun ein Status, dem man bisher angehörte, verloren werden. Dieß heißt status mutatio (oder prioris status

t) Gai. II. 90. 98.
u) Gai. I. 48. 49.

permutatio), [a]) denn jede Veränderung ist ein Verlust; die Erwerbung eines Status kann nicht als eine Veränderung oder Vertauschung aufgefaßt werden, da der Eintritt in einen höheren nicht den Austritt aus dem geringeren, der eine Bedingung jenes ist, in sich schließt: wer Civis wird, verliert nicht den Status der Freiheit, wer in eine Gens trat, kam nicht aus der Reihe der Cives heraus. Die Römer haben für die Person, sofern sie in einer Gesammtheit Gleichgestellter mitzählt, den Ausdruck caput (z. B. capita civium); wie wir nun das Wort Person zugleich in dem Sinn gebrauchen können, daß wir damit die Eigenschaft Person zu sein, die Persönlichkeit bezeichnen, so heißt auch caput die Persönlichkeit in Beziehung auf jene drei Bedingungen: libertas, civitas, familia, die zugleich Gesammtheiten von Rechtsgenossen ausdrücken. Daher wird die status mutatio auch capitis deminutio genannt, ja dieß ist der eigentliche und technische Ausdruck, der durch jenen ersten nur erklärt und umschrieben wird. [b]) Capitis deminutio ist daher der Verlust der Stellung in einem jener drei Kreise, denen die Person angehört, oder, wie sich der Begriff ebenfalls geben läßt, das Entgehen einer jener drei Bedingungen vollkommener Persönlichkeit. Es giebt daher drei Arten der Capitis Deminutio. [c])

---

a) L. 2 D. de in int. rest. (4, 1), L. 9 §. 4 D. de minor. (4, 4), L. 1 D. de capite minutis (4, 5.) Paul. I. 7, 2. III. 6, 29. So auch Gai. I. 159.

b) Niebuhr (Röm. Gesch. I Anm. 1280 3r Ausg. u. II S. 460 2r Ausg.) führt den Begriff auf das caput (Rubrik) eines jeden Bürgers in den Censuslisten zurück; diese Ansicht wird von Savigny in seiner lehrreichen Darstellung der Lehre von status und capitis deminutio (System II Beil. VI S. 484 ff.) näher ausgeführt. Hiernach müßten die Römer jedem, der nicht in den Bürgerlisten eingetragen war, das caput ganz abgesprochen haben, und da die späteren römischen Juristen dieses nur in Beziehung auf den Sclaven thun, so müßte man annehmen, der Begriff hätte sich erst im Verlauf der Zeit, indem das Bewußtsein seines ursprünglichen Gehalts verloren gieng, generalisirt. Aber es ist eben so gut möglich, daß jener Sprachgebrauch beim Census die juristische Bedeutung von caput zur Quelle hatte, als umgekehrt, und ich kann nicht umhin, dieß sogar für das Wahrscheinlichere zu halten.

c) Paul. L. 11 D. de cap. min. (4, 5): Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. Tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam; igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem, cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem, cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat. Gai. I. 159—163. Ulpian. XI. 10—13. Inst. I. 16: de capitis deminutione.

In diesem Begriff liegt, daß jede Capitis Deminutio eine Veränderung der Rechtsfähigkeit und zwar eine mit einem Verlust verbundene enthält; aber nicht jede solche Minderung kann mit jenem Namen bezeichnet werden, sondern eben nur ein Verlust in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit, welche durch das Wort caput bezeichnet wird. [d]) Nun ist es eigen, daß dieses Moment von den römischen Juristen, wo sie von der Capitis Deminutio überhaupt und für alle Fälle derselben sprechen, nicht besonders hervorgehoben wird, abgesehen von der Beschreibung derselben als einer prioris status permutatio, worin jenes allerdings liegt (s. oben). Dieß hat seinen Grund darin, daß ein Fall der Capitis Deminutio, der auf die Familia bezügliche, jenen Charakter damals verloren hatte (s. §. 219 und unten bei der cap. dem. minima); in Beziehung auf Libertas und Civitas hat sie ihren ursprünglichen Charakter behalten, an diese beiden Fälle (c. d. maxima und media) müssen wir uns daher halten, um den wahren Begriff nicht zu verfehlen. [e])

---

d) §. 5 I. de cap. dem. (1, 16): Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur, et ideo senatu motum capite non minui constet. L. 6 C. ex qu. caus. infam. (2. 12.) So wird in L. 20 D. de statu hom. (1, 5) status und dignitas unterschieden, und in L. 2 pr. D. de poen. (48, 19) der Begriff der Capitalstrafen auf Tod, Sclaverei und Verlust der Civität beschränkt. S. auch L. 103 D. de V. S. (50, 16.)

e) Die Begriffe von Status und Capitis Deminutio sind von den Neueren eben dadurch getrübt worden, daß sie von der Voraussetzung ausgiengen, der Familienstatus, wie er im neueren römischen Recht erscheint, müsse in jene Begriffe vollkommen sich einpassen lassen; statt von den regelrechten Fällen, haben sie von dem anomalen aus den Begriff construiren wollen. — Der neuste Versuch ist von Savigny a. a. O. (Note b) gemacht worden, vgl. dazu meine Recension in Richter's und Schneider's Jahrbb. 1840 S. 687—697. Nach ihm ist c. d. jede Verminderung der Rechtsfähigkeit, sie heißt status mutatio, weil jede solche Verminderung eine Veränderung im Status involvirt; status mutatio ist ihm also irgend eine Veränderung im Status (nicht, wie die Römer in Wahrheit es auffassen: Vertauschung und damit Verlust eines Status, s. oben), wozu denn hier eine Veränderung in deterius zu subintelligiren sei. Und status ist ihm überhaupt die Stellung, welche der Mensch in Beziehung auf libertas oder civitas oder familia einnimmt. Die Status in der ersten Hinsicht sind: Stellung eines ingenuus, eines libertinus, eines servus; in der zweiten: Stellung eines civis, latinus, peregrinus; in der Familia: Stellung in irgend einem Familienverhältniß, so daß es so viele Familienstatus giebt als Familienrechtsverhältnisse. Auf die c. d. ferner beziehen sich bloß die Status, welche die Rechtsfähigkeit afficiren (jede c. d. enthält eine status mutatio, aber nicht jede status mutatio ist eine c. d.), unter den Familienstatus also nur die Stellung als paterfamilias, die Unterwerfung unter patria potestas oder manus, und

Es sind nun die einzelnen Arten der Capitis Deminutio darzustellen:

1) Capitis Deminutio in Beziehung auf die Freiheit. Sie besteht in dem Verlust der Freiheit, da aber dieser Status zugleich die Bedingung aller anderen ist, so gehen damit auch diese verloren, sie heißt daher capitis deminutio maxima (Note c). [f]) Sclave aber kann ein Freier werden und somit diese C. D. erleiden:

a) durch feindliche Gefangenschaft (§. 211 a. A.). Nun giebt es aber ein Recht, welches den aus der Gefangenschaft Befreiten in seine frühere rechtliche Stellung wieder einsetzt, das ius postliminii; durch dessen Eintritt kann also jenem Ereigniß die Wirkung einer capitis deminutio genommen werden, indem der Befreite vermöge desselben so beurtheilt wird, wie wenn er nie in die Sclaverei gerathen wäre. [g]) Die erste Voraussetzung des Postliminium ist die Rückkehr (§. 213 a. A.) oder der Tod in der Gefangenschaft, in welchem Fall der Bürger in dem Augenblick der Gefangennehmung (also ohne Capitis Deminutio) gestorben erachtet wird. [h]) Nun hat das Postliminium eine doppelte Richtung, theils eine passive, indem es den Zurückgekehrten in das Recht eines Andern zurückgiebt (wie den gefangenen Sohn in die Gewalt des Vaters, den gefangenen Sclaven in die Herrschaft des früheren Herrn, überhaupt gehört dahin die Rückkehr von Sachen iure postliminii, vgl. §. 241), theils

der Zustand des in mancipio sich Befindenden. Wie sich nach dieser Ansicht die einzelnen Fälle der c. d. gestalten, soll bei diesen angegeben werden, s. Note f, ff, tt.

f) Nach Savigny's Ansicht würde es noch einen zweiten Fall der c. d. maxima geben: Degradation eines ingenuus in die Libertinität (Savigny, System II §. 68 Note e), was in einem Fall geschehen kann, s. oben §. 211 Note h. Daß von den römischen Juristen stets nur der Verlust der Freiheit erwähnt wird, erklärt er aus der Singularität jenes Falls. Aber ist es wohl wahrscheinlich, daß die Römer bei dem Ausdruck c. d. *maxima* an einen Umstand hätten denken können, der weder die Freiheit noch die Civität berührte?

g) L. 19 D. de captiv. et postliminio (49, 15). Gai. 1. 129. Ulpian. X. 4, §. 5 1. quib. mod. ius patr. pat. solv. (1, 12.) Der Zurückgekehrte pristinum ius suum recipit, aber es erstreckt seine Wirkung nicht auf die Ehe, L. 8. 14 §. 1 D. de captiv.

h) L. 18 D. eod.: In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, quum captus est. Eine Lex Cornelia hat diese Fictio (fictio legis corneliae) zuerst für die Erbschaften solcher Bürger festgesetzt, und sie dadurch dem Einfluß, den die C. D. des Erblassers auf sie haben würde, entzogen. Ulpian. XXIII. 5. Paul. III. 4 a. 8. L. 12 D. qui testam. (28, 1), L. 22 D. de captiv. (49, 15).

active, indem es dem Zurückgekehrten seine früheren Rechte wieder verleiht. [i]) In seiner passiven Function hat es kein anderes Erforderniß als die Rückkehr. [k]) In der activen dagegen setzt es ferner voraus, daß die Rückkehr in der Absicht geschehe, die vorige Stellung wieder einzunehmen, [l]) und daß der Staat nicht selbst den Bürger aufgegeben habe, wie dieß bei der Dedition an die Feinde (zur Sühnung eines Vergehens), und wenn beim Friedensschluß auf die Rückgabe der Gefangenen verzichtet wird, der Fall ist. [m]) Eben so geschieht die Rückkehr gegen den Willen des Staats, wenn sie während eines Waffenstillstandes erfolgt, da während dieser Zeit unter den Kriegführenden der Status quo erhalten werden soll; sie hat daher das Postliminium nicht zur Folge. [n]) Ausgeschlossen von diesem Recht sind überdieß die Ueberläufer, [o]) und die sich im Gefecht den Feinden ergeben haben. [p])

b) Durch Verkauf von Seiten einer dazu berechtigten Person. Vom Staat geschah dieß bei dem Bürger, der, um den öffentlichen Leistungen zu entgehen, sich nicht censiren ließ (incensus), und der dem Kriegsdienst sich entzog, [q]) von dem Gläubiger bei dem insolventen Schuldner (§. 179). In diesen Fällen des älteren Rechts, die zur Zeit der classischen Juristen schon abgekommen waren, mußte der Verkauf in die Fremde geschehen (die Zwölf Tafeln brauchen dafür

---

i) L. 14 pr. D. eod.

k) Vgl. L. 30 D. eod. Der Ueberläufer hat das Postliminium nicht (Note o), ein servus transfuga aber hat es, d. h. er kehrt in das Eigenthum seines vorigen Herrn zurück, L. 19 §. 5 D. eod. Anders bei dem Filiusfamilias, bei dem sich das passive und active Postliminium untrennbar verbindet; dieser hat als Ueberläufer kein Postliminium, die Rücksicht, daß dem schuldlosen Vater dadurch ein Recht entgeht, hat dieß nicht abzuändern vermocht: pater sic illum amisit quemadmodum patria — und disciplina castrorum antiquior fuit parentibus romanis quam caritas liberorum, L. 19 §. 7 D. eod.

l) L. 5 §. 3, L. 12 §. 9, L. 26 D. eod.

m) Wegen des zweiten Falls s. L. 12 pr. D. eod., wegen des ersten L. 4 D. eod. und die deutlichere L. 17 D. de legation. (50, 7.) Die causa Mancini, deren hier gedacht wird, kommt oft bei Cicero vor (de orat. I. 40. 56. II. 32, top. 8, pro Caec. 34, off. III. 30), es fragte sich dabei, ob nicht die Dedition jene Wirkung habe, auch wenn das fremde Volk sie nicht angenommen, da ja doch in jedem Fall darin eine Ausstoßung des Bürgers enthalten sei.

n) L. 19 §. 1 D. de captiv. (49, 15.)

o) L. 19 §. 4—8 D. eod.

p) L. 17 D. eod.

q) Cic. pro Caec. 34, L. 4 §. 10 D. de re mil. (49, 16.)

das Wort trans tiberim), die Gewalt, die ein fremdes Volk über den Römer erhielt, machte ihn erst zum Sclaven. — Seit August machte sich das Bedürfniß fühlbar, die Patrone gegen das undankbare Verhalten ihrer Freigelassenen in Schutz zu nehmen. Der Prätor gab dem Patron in gewissen Fällen eine Pönalklage gegen den Libertus,[r]) die Lex Aelia Sentia eine peinliche Anklage;[s]) Claudius sprach gegen undankbare Freigelassene die revocatio in servitutem aus,[t]) ein allgemeiner Rechtssatz war dieß nicht, unter Nero wurde beim Senat darauf angetragen, ohne Erfolg;[u]) Commodus verordnete die Revocation bei grober und beharrlicher Pflichtverletzung: die Obrigkeit soll den Libertus verkaufen und den Preis an den Patron abgeben.[v]) Späterhin umgieng man den Verkauf, und gab ohne weiteres den schuldigen Libertus in die Herrschaft des Patrons zurück.[w]) — Endlich kann die Sclaverei noch in einem besonderen Fall die Folge des Verkaufs eines Freien sein. Der Prätor nämlich hat einem nicht seltenen Betrug, der durch Veräußerung freier Menschen mit Zustimmung derselben verübt wurde, entgegen zu wirken versucht. Läßt sich ein Freier, der wenigstens zwanzig Jahre alt ist, betrüglich als Sclave verkaufen oder sonst veräußern in der Absicht, den Preis oder andern dadurch erlangten Vortheil mit dem Veräußerer zu theilen, so denegirt ihm der Prätor die proclamatio in libertatem, und macht ihn dadurch zum Sclaven.[x]) Dieser Rechtssatz bestand schon zur Zeit des Q. Mucius Scävola,[y]) ja damals wohl noch ausgedehnter, nachher wurde es durch Senatsbeschlüsse bestätigt,[z]) wahrscheinlich mit jener Beschränkung auf das Alter über zwanzig Jahre und der Theilung des Preises. Wo diese

r) Gai. IV. 46. 183.

s) L. 30 D. qui et a quib. man. (49, 9), L. 70 pr. D. de V. S. (50, 16.) Dositheus (Hadriani sent. et epist. §. 3) erwähnt die Lautumien als Strafe gegen undankbare Freigelassene nach der Lex Aelia Sentia, Tacitus (annal. XIII. 26) die relegatio ultra vicesimum lapidem, die wohl ebenfalls auf die accusatio ex l. aelia sentia zu beziehen ist.

t) Sueton. Claud. 25. L. 5 pr. D. de iure patron. (37, 14.)

u) Tacitus a. a. O. (Note s).

v) L. 6 §. 1 D. de agnosc. lib. (25, 3.)

w) L. 1 C. Th. de libert. (4, 10), L. 2 C. I. eod. (6, 7.)

x) Dig. XL. 13: quibus ad libertatem proclamare non licet. L. 7. 23 pr. §. 1 D. de lib. causa (40, 12.)

y) L. 23 pr. cit.

z) L. 3 D. quibus ad libert. (40, 13.)

letzten Erfordernisse fehlten, gab dann der Prätor dem Käufer eine Pönalklage auf das Doppelte des Preises gegen den, der sich wissentlich hätte veräußern lassen.[aa]

c) durch das S. C. Claudianum (§. 211).

d) durch Verurtheilung zum Tod oder in metallum oder in opus metalli.[bb] Die Verurtheilten werden servi poenae, sie sind nicht etwa Sclaven des Staats, sondern Sclaven ohne Herren, daher kann durch sie nichts erworben werden.[cc] Diese servitus poenae ist erst unter den Principes eingeführt worden,[dd] und Justinian hat sie 536 bei der Verurtheilung in die Bergwerke zu Gunsten der Ehe, die außerdem durch sie getrennt werden würde, wieder aufgehoben.[ee]

2) Capitis Deminutio in Beziehung auf die Civität. Sie besteht in dem Verlust der Civität, während die Freiheit bleibt, der Familienstatus aber geht ebenfalls verloren, da die Civität seine Voraussetzung ist. Diese c. d. heißt minor in Beziehung auf die maxima, media in Beziehung auf diese und auf die dritte (Note c).[ff] Ein Civis kann aufhören es zu sein, und damit diese C. D. erleiden:

a) durch Annahme eines andern Bürgerrechts, welches sich mit dem römischen nicht verträgt, also in einer peregrinischen Stadt oder latinischen Colonie. Dieß geschieht, indem er ausdrücklich in eine solche Stadt sich aufnehmen läßt, aber auch vermöge des Post-

---

aa) L. 14—22 D. de lib. causa (40, 12.)

bb) L. 8 §. 4 D. qui testam. (28, 1), L. 8 §. 4 sqq. D. de poenis (48, 19), L. 5 §. 3 D. de extrao. cogn. (50, 13.)

cc) L. 25 §. 2. 3 D. de adquir. her. (29, 2), L. 17 pr. D. de poenis (48, 19.)

dd) Cic. de invent. II. 50. Rhet. ad Herenn. I. 13.

ee) Nov. 22 c. 8.

ff) Nur der Verlust der Civität kommt in unseren Quellen als c. d. in Beziehung auf den zweiten Status vor (Note e). Nach Savigny's Ansicht (Note c) wäre auch die Verwandlung des Latinus in einen Peregrinus eine c. d. media; diese Anwendung des Ausdrucks ist schon an sich kaum glaublich. Dagegen konnte zu einer Zeit, wo die staatsrechtliche Stellung des Civis neben der privatrechtlichen noch von großer Wichtigkeit war, und in den Cives mit dem ius suffragii et honorum und denen ohne dasselbe eine doppelte Civität deutlich ins Bewußtsein trat, der Verlust jener staatsrechtlichen Civität, also die Infamia (§. 216) als eine capitis deminutio erscheinen, Savigny, System II §. 81, indessen sagt Cicero (pro Roscio com. 6) von den iudicia famosa, ungeachtet es ihm gar nicht darum zu thun ist, den Ausdruck ihrer Wirkung zu schwächen, doch nur, sie seien summae existimationis *et paene dicam* capitis.

liminium, wenn ein bei den Römern durch Freilassung Civis Gewordener in seine Heimath mit dem Willen, in seine frühere Stelle einzutreten, zurückkehrt.[gg])

b) durch Verurtheilung zu dem Verlust der Civität. Dieß geschah durch den Ausspruch, daß dem bisherigen Civis Wasser und Feuer versagt sein solle: aquae et ignis interdictio, ursprünglich eine Bestätigung des freiwilligen Exils, wodurch der Angeklagte dem Criminalverfahren sich entzog, nachher auch unabhängig davon als Strafe gebraucht. Unter den Principes wurde es üblicher, dieser Strafe die Gestalt einer deportatio in insulam zu geben, die daher eine gleiche Wirkung auf die Civität hat.[hh])

3) Capitis Deminutio in Beziehung auf die Familie. Sie besteht in einer mutatio familiae (Note c), in einer Vertauschung der Familie im civilrechtlichen Sinn, sei der Eintritt in einem andern bestehenden Agnatenkreis oder der Anfang einer ganz neuen Familie damit verbunden.[ii]) Wegen dieses positiven Elements setzt die mutatio familiae die Beibehaltung der Freiheit und Civität voraus; sie hat daher unter allen Capitis Deminutionen den geringsten Umfang und heißt darum c. d. minima. Sie wird wohl auch minor genannt, insofern die beiden anderen unter dem Namen magna, oder maiores deminutiones zusammengefaßt werden.[kk]) Ulpian bezeichnet sie als capitis minutio salvo statu contingens,[ll]) weil dadurch kein Status schlechthin verloren geht, der sie Erleidende hat noch die Freiheit, die römische Civität, und auch noch eine Familia, nur nicht mehr die, welcher er bisher angehörte. Aber es kann auch dieß in jene Aeußerung gelegt werden, daß die mutatio familiae an sich nicht mehr als eine Veränderung der Rechtsfähigkeit aufzufassen ist (§. 219), dieses Element liegt so wenig in dem neueren Charak-

gg) Cic. pro Balbo 11. 12, pro Caec. 33. 34. de orat. I. 40. Boeth. in top. cap. 4 (Orell. p. 302.)

hh) Liv. XXV. 4. XXVI. 3. Cic. pro Caec. 33. 34. Gai. I. 161. L. 8 §. 1. 1 D. qui test. (28, 1), L. 2 §. 1 D. de poenis (48, 19), L. 5 §. 3 D. de extrao. cogo. (50, 13.)

ii) So nennt Cicero pro Balbo 11 den Uebertritt in eine andere Civität mutatio civitatis.

kk) L. 1 §. 4 D. de suis et legit. (38, 16), vgl. L. 5 §. 3 D. de extrao. cogn. (50, 13.) Gai. I. 163.

ll) L. 1 §. 8 D. ad S. C. tertull. (38, 17.)

ter der c. d. minima, daß sie in gewissen Fällen sogar als eine Befreiung der Person von Beschränkungen erscheint.[mm]

C. d. minima erleidet, wer die Familie, den Agnatenkreis, dem er bisher angehörte, verändert und vertauscht. Die Fälle dieser Veränderung sind daher zugleich die Fälle der Capitis Deminutio, und sie sind es nur darum, weil jenes ihre Wirkung ist, nicht weil sie eine Veränderung der Rechtsfähigkeit nach sich ziehen, was bei mehreren Fällen allerdings nebenbei, in andern aber auch nicht eintritt. Im ältesten Recht freilich galt schon die Veränderung der Familie als eine Veränderung der Rechtsfähigkeit, und damit war jede Capitis Deminutio eine solche; dieß ist anders in dem neueren, wo nur die beiden größeren Deminutionen diesen Charakter behalten haben. Die Fälle sind folgende:

a) Mancipation (natürlich abgesehen von der Mancipation eines Sclaven).[nn] Die Mancipation setzt voraus, daß der Mancipirte bisher in dem Jus eines Andern sich befand, in welchem das Recht zu mancipiren liegt. Hier ist die Rede von dem, welcher in potestate oder in manu ist, der in mancipio Befindliche erleidet durch eine weitere Mancipation keine capitis deminutio. Aber auch bei jenem tritt die volle Bedeutung der c. d. minima, die familiae mutatio erst hervor, wenn er wieder aus dem Mancipium manumittirt wird, durch die Mancipation allein hat er zwar schon seine Familie verloren, aber erst durch die Manumission erhält er eine neue, die er selbst bildet, erst dadurch also ist die permutatio prioris status vollbracht.[oo] Daher ist die Befreiung von der väterlichen Ge-

---

mm) Eine Frau z. B. macht sich durch c. d. fähig zu testiren, Cic. top. 4. — In der Definition, die Ulpian in den Fragm. XI. 13 giebt: minima c. d. est per quam et civitate et libertate salva status duntaxat hominis mutatur, bezieht sich das duntaxat auf hominis, homo aber heißt hier die Privatperson im Gegensatz des Bürgers; es ist die c. d., welche nicht die Stellung als civis, wie die maxima und media, afficirt.

nn) L. 3 §. 1 D. de cap. min. (4, 5): Emancipato filio et ceteris personis (Paulus hatte wahrscheinlich geschrieben: filio vel uxori, quae in manum convenerat) capitis minutio manifesto accidit, quum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. Aliter atque quum servus manumittitur; quia servile caput nullum ius habet, ideo nec minui potest.

oo) Dadurch erklärt sich, daß Gaius (I. 162) bei der Angabe dieses Falls, als eines der c. d. minima, die Erwähnung der Manumission hinzufügt: — et in his, qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur;

walt durch Emancipation eine C. D., der Austritt aus der Familie sollte in dem Durchgang durch eine fremde Gewalt sichtbar dargestellt und constatirt werden.

b) Eigentliche Adoption, Uebergang aus einer väterlichen Gewalt in die andere. Auch hier wurde der Austritt aus der bisherigen Familie durch eine Mancipation veranschaulicht, die einen Theil der Handlung ausmacht; so schließt sich dieser Fall am nächsten an den vorigen an.

c) Arrogation, Unterwerfung eines Paterfamilias unter die väterliche Gewalt. [pp]) Hier ließ sich die Mancipation als Theil der Handlung nicht denken, da niemand die Gewalt dazu hatte, sie wurde aber ersetzt durch das Gebot des Volks (oder seines Vertreters, des Princeps), vor welchem die Arrogation geschah.

d) Unterwerfung einer Frau unter die Manus. [qq]) Geschieht es durch Coemtion, so ist dieß ein der Mancipation ähnlicher Act, obwohl freilich dem Gehalt nach sehr verschieden, daher die Frau aus der Manus nicht unmitttelbar manumittirt werden kann, sondern erst mittelst des Umwegs der Mancipation. [rr]) Bei der Confarreatio ist der Act dem der Arrogation in so fern analog, als er publica auctoritate, nämlich apud pontifices geschieht. Am weitesten entfernt sich von den bisherigen Fällen der C. D. die conventio in manum durch Usus, wo die C. D. gar nicht durch einen solennen Act bezeichnet wird. Darin schließt sich

e) die C. D., welche die Kinder eines Arrogirten erleiden, die mit ihrem Vater in die väterliche Gewalt und damit in die Familie des Arrogator übergehen. [ss]) Auch hier geschieht die C. D. stillschweigend, die mutatio familiae tritt ein und damit die C. D., aber ohne daß ein Act mit den Kindern selbst vorgenommen wird.

---

adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur *ac manumittatur*, totiens capite diminuatur. Das letzte bezieht sich auf den Sohn, der zweimal mancipirt und manumittirt in die väterliche Gewalt zurückfällt, und bei dem man wegen dieses Rückfalls hätte zweifeln können, ob in jenen zwei ersten Mancipationen eine C. D. liege.

pp) L. 2 §. 2 D. de cap. min. (4, 5.)

qq) Ulpian. XI. 13. Gai. I. 162.

rr) Dieß ist der Inhalt der Lücke in Gai. 123.

ss) Paul. L. 3 pr. D. de cap. min. (4, 5): liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, quum in aliena potestate sint et quum familiam mutaverint.

f) Causae probatio nach älterem, Legitimation nach neuerem Recht zieht den Kindern, die dadurch der väterlichen Gewalt unterworfen werden, eine C. D. zu, wie die Arrogation, mit der sie in der Wirkung gleich stehen. Auch hier ist es kein solenner Act, dessen Vornahme mit dem capite minutus jenen Erfolg äußerlich darstellte. [uu]

---

uu) Es soll nun noch angegeben werden, wie die c. d. minima nach Savigny's Ansicht sich stellt (s. Note e). Nach ihm ist sie nicht mutatio familiae (wie sie von Paulus, Note c, und im Grund auch, nur weniger deutlich, in den übrigen allgemeinen Stellen dargestellt wird), sondern eine Degradation der Rechtsfähigkeit durch Unterwerfung eines homo sui iuris unter patria potestas oder manus, oder eines in potestate oder manu unter das Manicipium. Um dieß zu beweisen, kann er sich nicht an die Erklärungen der c. d. minima bei den römischen Juristen, er muß sich lediglich an die einzelnen Beispiele halten. Diese sind nun aber, wie ich glaube, seiner Ansicht nicht günstig. Die Kinder des Arrogatus (Num. e) können nach dieser keine c. d. erleiden, denn sie verändern ihre Rechtsfähigkeit nicht, sie gehen nur aus einer väterlichen Gewalt in die andere über; hier soll sich nun Paulus (Note ss) geirrt haben, aber zu dieser Annahme existirt kein Grund als eben nur die Ansicht, die durch ihre Uebereinstimmung mit den beglaubigten Fällen geprüft werden soll. Ferner eine Frau, die aus der väterlichen Gewalt heraus in manum mariti kommt, erleidet nach Savigny keine cap. dem., denn ihr persönlicher Zustand wird nicht verschlechtert, in den Quellen dagegen wird die in manum conventio überhaupt als eine c. d. angeführt, ohne die leiseste Andeutung, daß gerade in dem gewöhnlichen Fall (denn dieß ist der, daß eine Frau aus der väterlichen Gewalt heraus heirathet) ganz anders sei. So dürften endlich auch die Entlassung des Filiusfamilias aus der Gewalt und die datio in adoptionem nach Savigny eigentlich keine c. d. sein, denn sie sind auf keine Degradation gerichtet; freilich kommt eine Mancipation dabei vor, und giebt Savigny äußerlich das Recht, sie als Deminutionen anzuerkennen, aber diese Mancipation muß nach seiner Ansicht als eine ganz unvernünftige, dem Zweck widersprechende Zuthat erscheinen. — Einen Gegengrund gegen die Auffassung der c. d. minima als familiae mutatio durch die späteren römischen Juristen findet Savigny in dem Umstand, daß die virgo vestalis und der flamen dialis durch ihre priesterliche Würde aus der väterlichen Gewalt und zwar ohne capitis deminutio herausgehen Gai. I. 130 III. 114. Ulpian. X. 5, Gell. I. 12 aus Labeo und Capito). Von den vestalischen Jungfrauen sagt Labeo: sie erben nicht ab intestato, und werden nicht so beerbt, sterben sie ohne Testament, so werden ihre Güter dem Aerar zugesprochen. Er fügt hinzu: id quo iure fiat, quaeritur. Die Ausschließung der Intestaterbfolge deutet nun Savigny auf Aufhebung der Agnation als Quelle derselben, unter dieser Voraussetzung würden also die Vestalinnen aus dem Agnatenkreis ausgetreten sein ohne capitis dominutio, mithin könne der Begriff der c. d. nicht mit dem der mutatio familiae zusammenfallen. Von den Prämissen dieses Schlusses ist die mutatio familiae keineswegs beglaubigt, aber auch der Schluß selbst ist bei einem so exceptionellen Verhältniß, wie das der Vestalinnen auch in anderer Hinsicht war, bedenklich. Geben wir zu, daß bei der Vestalin, unge-

Die rechtlichen Folgen der capitis deminutio minima uu) sind zum Theil solche, die durch ihren Begriff selbst gegeben sind: der Austritt aus der Familie (dem Agnatenkreis), und alles, was damit wesentlich zusammenhängt, wohin auch der Austritt aus der Gens gehört, vv) und damit hängt ferner der Verlust des Patronatrechts zusammen; dieß galt ursprünglich als ein Gentilitätsrecht (Band I §. 42), und nachdem diese Anschauung der Sache durch den Patronat der Pebejer ihre Ausschließlichkeit verloren hatte, später ganz verschwunden war, erhielt sich dennoch jene Folge als bestehendes Recht. ww) Aber die C. D. hat noch besondere, nicht schon durch die mutatio familiae gegebene Folgen. Einer Frau giebt sie die Möglichkeit zu testiren, dieß hat Hadrian aufgehoben, die c. d. soll dazu nicht mehr nöthig sein; sie endigt den Ususfructus und Usus, dieß hat Justinian abgeändert; sie befreit von den Klagen der Gläubiger (mit Ausnahme gewisser Obligationen), diese Folge hat der Prätor der That nach dadurch beseitigt, daß er stets den Gläubigern die Klagen restituirt (§. 170 Note t); auch einige Forderungen gehen ausnahmsweise durch Cap. Dem. des Gläubigers unter. xx) Diese besonderen Folgen trugen dazu bei, die c. d. minima noch immer auf derselben Linie mit den übrigen festzuhalten, nachdem sie ihrer eigentlichen Richtung nach aufgehört hatte, eine Minderung der Rechtsfähigkeit zu sein; eben so hätte in ihnen das

---

achtet sie keine c. d. erlitt, das Familienband als gelöst betrachtet wurde (wie es denn gewiß ist, daß wenigstens die bedeutendste rechtliche Wirkung desselben wegfiel), so war dieß allerdings eine Singularität, aber keine größere, als daß sie ohne capitis deminutio (Cic. top. 4. Gai. I. 115) das Recht zu testiren hatte, und es ließe sich, wenn wir darüber nicht bestimmtere Auskunft hätten, daraus eben so gut folgern, man habe die capio der Jungfrau als eine Capitis Deminutio betrachtet, als aus ihrer familiae mutatio, daß diese nicht den Inhalt der c. d. minima ausmache.

uu) Vgl. zu dem Folgenden Savigny, System II §. 69. 70.

vv) Cic. top. 6.

ww) Dagegen sind die Folgen der Unterwerfung unter die väterliche Gewalt, die Manus u. s. f. überall keine Folgen der Capitis Deminutio selbst, sondern nur der besonderen Acte, mit denen sie sich verbindet, und von denen sie ebenfalls eine Folge ist. Durch die Arrogation z. B. verliert der Arrogirte sein Vermögen an den Arrogator, dieser Verlust und die C. D. aber stehen unter einander nicht in dem Verhältniß von Ursache und Wirkung, sondern beide sind nebeneinander Folgen der Arrogation.

xx) Gai. III. 83. 114. Das Nähere über diese Folgen wird bei den Rechten vorkommen, auf die sie sich beziehen.

Institut noch eine Wichtigkeit behalten können, als im neuesten justinianischen Recht die Agnationsrechte und damit auch die mutatio familiae ihre Bedeutung mit Ausnahme der Adoption gänzlich verloren, wenn nicht damals auch jene besonderen Folgen schon weggefallen gewesen.

Status Controversia.

CCXXI. Eine Untersuchung über den Status einer Person (status quaestio) kann im Interesse des Staats unternommen werden in Beziehung auf die öffentlichen Rechte, welche von dem Status abhängig sind. Dahin gehört die quaestio de civitate, welche gegen die Anmaßung des Bürgerrechts gerichtet, und unter andern durch die lex licinia et mucia (Bd. I §. 64 Note b) angeordnet war, aber auch die accusatio ex lege visellia gegen den Libertinus, der die politischen Rechte eines Ingenuus in Anspruch nahm.[a])

Die Quästio Status kann aber auch in einem Civilrechtsstreit vorkommen. Dieß setzt voraus, daß von dem Status einer Person ein Privatrecht derselben oder einer andern abhängt, um dessen willen der Status behauptet und bestritten wird.

Vor allem kann der Streit über den Status einen Bestandtheil oder Incidentpunkt eines andern Rechtsstreits, über das Recht nämlich, welches dadurch bedingt wird, ausmachen. So kann bei einem Erbschaftsstreit die Freiheit, die Civität des Testators in Frage kommen, eben so hängt der Erfolg der Vindication ex iure quiritium von der Civität (oder Latinität) des Klägers ab.[b])

Am nächsten diesem Fall steht die Verfolgung eines Rechts an der Person, dessen Anerkennung von der Untersuchung des Status abhängt. Dahin gehört die Vindication eines Menschen als Sclaven oder Filius, wenn der Gegner die Freiheit des Menschen oder seinen Austritt aus der väterlichen Gewalt behauptet. Hier aber ist die status controversia schon nicht mehr ein bloßer Incidentpunkt, da der behauptete Status in directem Widerspruch mit dem Recht, das

---

a) S. §. 215 Note c.

b) In ähnlicher Weise kommt Cicero in der Rede für den Cäcina, um einen von dieser Seite erhobenen Einwand des Gegners zu beseitigen, in den Fall, die Civität seines Clienten vertheidigen zu müssen.

der Kläger geltend macht, steht und in der Behauptung dieses Rechts eine unmittelbare Abläugnung jenes Status liegt.

Aber die Quästio Status kann auch von diesem Beiwerk eines anderen Rechts, welches dadurch bedingt wird, ganz entbunden, und für sich allein zum Gegenstand eines Processes gemacht werden. Dieß geschieht so, daß eine praeiudicialis formula gegeben und darin der Richter angewiesen wird, lediglich über die Frage zu entscheiden, ob einem gewissen Menschen ein gewisser Status zukomme oder nicht (§. 167).[c] Dieser Weg kann von dem eingeschlagen werden, der den Status bestreitet, indem er die Geltendmachung seines Rechts (Eigenthum, väterliche Gewalt, Patronatrecht), für welche die Entscheidung über den Status ein Präjudicium werden soll, noch aussetzt. Ja es scheint diese abgesonderte Behandlung der Frage später als nothwendig vorgeschrieben worden zu sein.[d] Für den, welcher den Status: die Freiheit, die Ingenuität behauptet, ist dieß ohnehin der einzige Weg, die Frage zur richterlichen Entscheidung zu bringen.

Es ist eine Eigenthümlichkeit der Quästio Status, wo sie nicht als bloßer Incidentpunkt vorkommt, daß der, über dessen Status gestritten wird, nicht selbst als Kläger oder Beklagter den Proceß führt, sondern von einem Andern vertreten wird. Am gewissesten ist dieß bei dem Proceß über die Freiheit; der, dessen Freiheit in Frage ist, wird durch einen assertor vertreten. Ob er bisher in libertate oder in servitute gelebt hat, ist ohne Einfluß darauf, es entscheidet nur über die Parteirolle (des Assertor) und die davon abhängende Beweislast (§. 212 Note bb). Eben so wenig bezieht sich darauf der auf die Zwölf Tafeln (die vindiciae secundum libertatem §. 161 a. E.) zurückgeführte Grundsatz: post ordinatum liberale iudicium hominem, cuius de statu controversia est, liberi loco esse,[e] denn dieser provisorische Zustand tritt erst in

c) Auch das Verfahren per sponsionem (§. 168) war anwendbar, wie früher die legis actio sacramento, Cic. pro Caec. 33.

d) Für die Frage der Ingenuität ist dieß gewiß: quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit, sive operae petantur, sive obsequium desideretur, sive etiam famosa actio intendatur, sive in ius vocetur qui se patronum dicit, sive nulla causa interveniat, redditur praeiudicium, Ulpian. L. 6 D. si ingenuus esse dicetur (40, 14).

e) L. 24. 25 §. 2 D. de liberali causa (40, 12). Daher Klagen gegen und durch ihn angestellt werden können, selbst von dem angeblichen Herrn und gegen diesen.

Folge der ordinata causa ein, giebt ihm also nicht das Recht, in dieser selbst wie ein in seinem Status Unangefochtener aufzutreten. Als der Freiheitsproceß noch ausschließlich die Form der Vindication (in servitutem, in libertatem) hatte, ließ sich dieß ohnehin nicht denken, man kann nicht vindiciren von dem, den man vindicirt, und man kann sich nicht selbst vindiciren. Aber diese Nothwendigkeit eines Assertor ist auch auf die praeiudicialis formula übertragen, erst Justinian hat sie aufgehoben.[f])

Wird die Frage über die Eigenschaft als Paterfamilias durch eine Vindication von Seiten des angeblichen Gewalthabers eröffnet, so kann auch hier kein Zweifel sein, daß der angesprochene Sohn nicht der Beklagte ist. Wenn nun aber, weil der Klage die Selbstständigkeit des Vindicirten entgegengesetzt wird, die Sache in ein Präjudicium übergeht, oder gleich von vornherein eine praeiudicialis formula gesucht wird, so spricht auch hier für die Nothwendigkeit eines Vertreters und gegen das Auftreten des Sohns als Klägers oder Beklagten der Umstand, daß die Natur der behaupteten Gewalt ein Proceß zwischen Vater und Sohn unzulässig macht.[g])

Ueber die Ingenuität einer Person kann in dem liberale iudicium gesprochen werden, wenn die Freiheit durch Geburt es ist, die dem als Sclaven Angesprochenen asserirt wird.[h]) Wird aber nur über die Ingenuität, nicht über die Freiheit überhaupt gestritten, so würde hier dem selbstständigen Auftreten des angeblichen Libertus in dem Proceß mit dem möglichen Patron materiell nichts entgegenstehen. Dessenungeachtet ist es denkbar, daß die Nothwendigkeit eines Vertreters von der liberalis causa herübergenommen, wenn sie auch späterhin auf diese beschränkt wurde.[i]) Die partes actoris

---

f) Paul. sent. V. 1, 5. Coll. VII. 17: de adsertione tollenda. In den Pandektenstellen ist daher die Erwähnung des Assertor ausgelöscht, doch fehlt es nicht an Spuren des älteren Rechts, z. B. L. 29 pr. D. de lib. causa (40, 12): — qui ex servitute in libertatem petitus sit —, L. 32 eod.: — ex servitute defensi — vgl. L. 9 in f. eod. So wird denn auch dem, der seine Freiheit verfechten will, nur eine in libertatem *proclamatio* zugeschrieben.

g) Für die Erledigung der Sache durch eine extraordinaria cognitio besteht dieses Hinderniß nicht, und dieß war in der dritten Periode wohl der gewöhnliche Weg, wie diese Frage erörtert wurde.

h) L. 27 §. 1 D. de lib. causa (40, 12): — si ex servitute in ingenuitatem se alleget —. L. 29 §. 1 eod.: qui ingenuus pronunciatus est —. L. 3 C. de ord. cognit. (7, 10.)

i) Justinian erwähnt in seiner die Assertio aufhebenden Constitution

mit der Wirkung der Beweislast bestimmen sich eben so wie bei der liberalis causa darnach, ob die Person in possessione libertinitatis oder ingenuitatis ist; [k]) nur wenn der, welcher in Anspruch genommen wird, nicht seine Libertinität, sondern lediglich, daß er Libertus dieses Patrons sei, läugnet, liegt dem angeblichen Patron stets der Beweis ob. [l])

Die Quästio Status wurde nicht selten von den Herren oder Patronen gebraucht, um durch einen zum Schein angestellten Proceß, in dem sie sich überwinden ließen, ihren Sclaven oder Freigelassenen zu den Rechten der Ingenuität zu verhelfen. Diesem Mißbrauch ward durch ein Senatus Consultum unter Domitian und ein zweites unter Marc Aurel begegnet, wonach eine Retractation dieser Collusion innerhalb fünf Jahren zugelassen wird (§. 175 S. 178 f.).

(Note f) nur noch die liberalis causa, wobei sie zu beseitigen war. Der Ausdruck des Saturninus, L. 2 §. 1 D. si ingenuus (40, 14): qui se ex libertinitate ingenuitati adserant, ist unbestimmt; dagegen spricht Papinian, L. 4 eod., von einem proclamare in ingenuitatem wie bei der liberalis causa. Vielleicht ist auch auf die Art, wie Gaius IV. 44 dieses Beispiel einer praeludicialis formula giebt: qua quaeritur, *aliquis* libertus sit, ein Gewicht zu legen; daß Theophilus IV. 6, 13 die Formel sogar bei der liberalis causa so giebt: εἰ φαίνεται, μὲ ἐλεύθερον εἶναι, ist entweder ein offenbarer Irrthum, oder eine bei dieser historischen Fassung unpassende Rücksicht auf die justinianische Aufhebung der Assertio.

k) Ulpian. L. 14 D. de probat. (22, 3.)

l) Ulpian. L. 6 in f. D. si ingen. (40, 14.) Der Schlußsatz der Stelle ist auf diesen unmittelbar vorher erwähnten Fall zu beschränken; so löst sich der scheinbare Widerspruch zwischen dieser und der Stelle Note k.

Drittes Kapitel.

Von dem Recht des Besitzes.

Von den Sachen.

CCXXII. Die Dinge der äußeren Natur sind dem Menschen gegeben, daß sie ihm dienen, daß er sie sich unterwerfe. Ein solcher Gegenstand, der auf der einen Seite ein körperlich selbstständiges Dasein, eine von dem Menschen äußerlich unabhängige Existenz, auf der anderen Seite aber die Bestimmung hat, dem Menschen unterworfen zu sein, heißt Sache. So bildet der Begriff der Sache, des rein Gegenständlichen, den Gegensatz zu dem Begriff der Person, die zwar auch als Gegenstand eines rechtlichen Willens, aber doch nur so zu denken ist, daß damit immer noch eine Anerkennung ihrer Eigenschaft als Subject eines solchen verbunden bleibt.

Die philosophische Eintheilung der Dinge (nicht der Sachen) in sinnlich wahrnehmbare und intelligible, körperliche und unkörperliche, res corporales et incorporales[a]) wendeten die römischen Juristen auch auf die rechtlich in Betracht kommenden Gegenstände an.[b]) Sie wurden darauf zunächst dadurch geführt, daß die in rem

a) Cic. top. 5: Definitionum autem duo sunt genera prima, unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelliguntur. Esse ea dico quae cerni tangive possunt, ut fundum, aedes — —. Non esse rursus ea dico, quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intelligi possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intelligentiae, quam notionem voco.

b) Gai. L. 1 §. 1 D. de div. rer. (1, 8). Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi

actiones entweder auf eine Sache gehen (si paret, rem actoris esse), oder auf ein Recht (si paret ius utendi fruendi etc.; si paret, hereditatem actoris esse); dieß ließ sich so ausdrücken: der Gegenstand der in rem actio ist entweder eine res corporalis oder eine res incorporalis. [c]) In diesem Sinn hieß dann res das, wovon gesagt werden kann: meum est, und dieß ist entweder ein corporale oder ein incorporale. Freilich stand nichts im Wege, die Eintheilung nach Gelegenheit auch in einem weiteren Umfang zu gebrauchen, wie sie bei den Philosophen alle Gegenstände in sich begriff. So waren daher auch die Obligationen zu den res incorporales zu zählen (Note b). Jedenfalls aber ist sie nur eine Eintheilung der Dinge, nicht der Sachen; diese vielmehr sind durchaus körperliche Gegenstände.

An jeder Sache können wir Theile unterscheiden, im Gegensatz zu denen die Sache selbst das Ganze, die universitas, heißt. Geschieht dieß in Beziehung auf die Unterwerfung der Sache unter den Willen, ist also der Wille auf einen Theil gerichtet, so wird dieser in diesem Act selbst nicht als Theil, sondern als ein Selbstständiges, als eine Sache für sich, das Ganze wird als getheilt (pro diviso) behandelt, denn theilen heißt eben: aus einem Ganzen mehrere Ganze machen. [d]) Daher setzt dieß voraus, daß der Theil auch als ein Selbstständiges, als ein eigenes Ganzes existiren kann, mit andern Worten, daß die Sache überhaupt, und in Beziehung auf diese Theile insonderheit theilbar ist. Nun giebt es Theile (sie heißen integrirende), zu deren Wesen es gehört, Theile eines andern Ganzen zu sein, so daß sie in dem Ganzen völlig aufgehen, und nicht, ohne ihre Natur wesentlich zu verändern, gegen dasselbe selbstständig

possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae — —. Inst. II. 2: de rebus incorporalibus.

c) Wie Ulpian. XIX. 11 von der Scheinvindication sagt: in iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima libertae.

d) L. 25 §. 1 D. de V. S. (50, 16); Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari, nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse, Servius non ineleganter partis appellatione utrumque contineri.

werden können. In Beziehung auf diese Theile ist die Sache untheilbar, sie kann nicht pro diviso behandelt werden, es kann das Ganze, aber nicht ein solcher Theil besonders unserem Willen unterworfen sein. Die Steine z. B., aus denen ein Haus oder eine Mauer besteht, sind nicht auf die Art Theile des Gebäudes, daß sie nicht auch, ohne ihre Natur zu verändern, herausgenommen werden könnten, und es findet daher, auch während ihrer Verbindung, eine Behandlung derselben pro diviso Statt; dagegen ist das Gebäude selbst integrirender Theil des Bodens, auf dem es steht, es kann daher nicht als ein gegen den Boden Selbstständiges behandelt werden, es kann unserem Willen nur mit, nicht ohne den Boden unterworfen sein. Dasselbe ist bei den Gliedern eines lebenden Wesens der Fall.

Nun können aber neben den körperlichen, aus denen die Sache besteht, Theile gedacht werden, unkörperliche, ideelle, intellectuelle.[e]) Diese Theile werden durch ihr Verhältniß zu dem Ganzen bestimmt, es sind quote Theile, eine reelle Theilung ist hier nicht geschehen. Ist daher der Wille auf einen solchen Theil gerichtet, so wird die Sache als ungetheilt (pro indiviso) behandelt, der körperliche Gegenstand des Willens ist die Sache überhaupt, die Beschränkung auf den Theil ist etwas lediglich in den Gedanken liegendes. Es ist z. B. mehreren ein Grundstück unterworfen, aber nicht so, daß jedem ein körperlicher Theil gehört (pro diviso), in diesem Fall kann man eigentlich nicht sagen, das Grundstück gehört ihnen, vielmehr sind durch dieses Verhältniß selbst schon mehrere Grundstücke daraus geworden. Anders, wenn jedem ein ideeller Theil, z. B. die Hälfte, gehört (pro indiviso), hier wird allerdings jeder nur als Eigenthümer dieses Theils gedacht, aber dieser Theil ist noch nicht körperlich dargestellt, körperlich tritt nur das Ganze hervor, daher wird dieser Fall mit dem Ausdruck bezeichnet: die Sache gehört ihnen gemeinschaftlich.

Wir haben soeben ein Verhältniß betrachtet, wobei das Ganze etwas Körperliches, die Theile bloß gedacht sind. Umgekehrt giebt es auch Fälle, wo die Theile das Körperliche sind, das Ganze da-

e) L. 5 D. de stipul. serv. (45, 3): Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore —.

gegen bloß gedacht wird. [f]) Es kommt nämlich vor, daß einer Anzahl von äußerlich ganz selbstständig bestehenden, körperlich nicht zusammenhängenden Sachen eine gemeinsame Bestimmung, und damit ein innerer Zusammenhang gegeben ist, der sie als Theile eines Ganzen erscheinen läßt, eines Ganzen, das nicht in die äußeren Sinne fällt, da es bloß auf der den Sachen gegebenen Bestimmung beruht, sondern das nur gedacht wird. So die Pferde, aus denen ein Gestüte, die Schafe, aus denen eine Heerde, die Bücher, aus denen eine Bibliothek, die Sachen, aus denen ein Waarenlager besteht. [g]) An die Stelle des äußeren Zusammenhangs tritt hier ein innerer, der in jener gemeinsamen Bestimmung liegt. Wenn nun diese von der Art ist, daß der Zweck dieser Sachen völlig in ihr aufgeht, die Sachen also nicht noch einen davon unabhängigen Zweck haben, so daß mithin ihre innere Verbindung auf die Behandlung dieser Sachen einen ähnlichen Einfluß hat, wie die körperliche Verbindung bei einer aus anderen zusammengesetzten Sache (einem corpus ex cohaerentibus corporibus), so wird das unkörperliche Ganze im Recht selbst nach gewissen Richtungen hin als eine Sache behandelt, z. B. als Gegenstand des Eigenthums, des Pfandrechts. [h]) Dieses Ganze ist von den einzelnen Sachen, die es bilden, unabhängig, es bleibt dasselbe, wenn sie sich auch alle verändert hätten. [i]) So

---

f) Es sind also vier Fälle zu unterscheiden: 1) universitas und Theile sind körperlich, z. B. L. 239 §. 8 D. de V. S. (50, 16): territorium est universitas agrorum intra fines cuiusque civitatis, — L. 7 §. 11 D. de adqu. dom. (41, 1): — universitas aedificii — singulae res, ex quibus constat —; 2) die universitas ist körperlich, die Theile unkörperlich; 3) die universitas ist unkörperlich, die Theile körperlich; und da sich auch bei einer solchen Sache quote Theile denken lassen: 4) universitas und Theile sind unkörperlich.

g) Es ist eine Verirrung, wenn Warnkönig: über den Begriff und die Wichtigkeit der s. g. universitates rerum, Archiv für civ. Praxis XI S. 179, glaubt, das Ganze sei hier durch die äußeren Sinne wahrnehmbar, also ein körperliches: man sehe ja die Heerde, der Hirt treibe sie aus u. s. f. Für diese Verwechselung des Ganzen mit den einzelnen Stücken, die das einzig Sichtbare und Berührbare daran sind, kann der römische Jurist nicht einstehen, welcher sagt: est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus (§. 18 l. de legat. [2, 20], da bekanntlich corpus nicht immer einen Körper im natürlichen Sinn bedeutet.

h) L. 1 §. 3 D. de R. V. (6, 1), L. 13 pr. 34 pr. D. de pignor. (20, 1.)

i) L. 3 pr. D. de R. V. (6, 1), L. 22 D. de legat. I. (30), vgl. L. 76

haben wir in einem solchen Ganzen eine juristische Sache, wie in einer universitas personarum eine juristische Person.[k])

Man hat diese unkörperlichen Ganzen aus körperlichen Theilen universitates rerum genannt (oder bestimmter, um sie von den aus körperlich zusammenhängenden Sachen bestehenden zu unterscheiden: universitates rerum distantium). Nun ist der Begriff von Ganzen und Theilen nicht auf Sachen eingeschränkt, auch auf Rechte findet er Anwendung; so ist das Vermögen eine universitas, deren Theile die Rechte sind, aus denen es besteht. Auch dieß ist eine unkörperliche Universitas mit unkörperlichen Theilen (was hier nicht bloß von den möglichen quoten Theilen, sondern auch von den Stücken, aus denen sie besteht, gilt). Aber mit diesem Begriff sind wir aus der Reihe der Sachen völlig hinausgetreten, er kann nicht in eine Linie mit den bisherigen gestellt werden.[l])

CCXXIII. Die natürlichen Unterschiede der körperlichen Dinge, soweit sie auf ihre Bestimmung, Gegenstände des rechtlichen Willens zu sein, Einfluß haben, sind im Recht hervorgehoben und als Unterschiede der Sachen aufgefaßt worden. Die meisten derselben werden

---

D. de iudic. (5, 1.) Man darf aber nicht glauben, daß, wo ein solches corpus, quod ex distantibus corporibus constat (L. 30 pr. D. de usurp. [41, 3]), als Ganzes (als universitas) Gegenstand eines Rechtsverhältnisses ist, nun schlechterdings auch die einzelnen Stücke nicht in Betracht kommen. Das Eigenthum, das Pfandrecht an dem Ganzen besteht mit dem Recht an den einzelnen Theilen; diese Möglichkeit, selbstständig Gegenstand desselben Rechts zu sein, liegt bei der bloß inneren Verbindung sogar noch näher, als bei der zugleich äußerlichen in einem corpus ex cohaerentibus corporibus. Man ist in jenen Irrthum verfallen durch die L. 34 pr. D. de pignor. (20, 1), wo aber gerade das Gegentheil anerkannt ist, während die besondere Entscheidung, die darin gegeben wird, auf einem anderen, mit der allgemeinen Natur der unkörperlichen universitates nicht zusammenhängenden Grunde beruht, und auch durchaus nicht von allen gilt, s. §. 250 Note o.

k) Daher läßt sich allerdings sagen, es giebt unkörperliche Sachen (nur sind es nicht die, welche man gewöhnlich unter diesem Ausdruck versteht), aber es sind eben nur fingirte Sachen.

l) Die alte Lehre war: die universitas rerum sei von doppelter Art: 1) universitas facti s. hominis (darunter verstand man jene universitates rerum distantium, von denen so eben die Rede gewesen ist); 2) universitas iuris, ein Vermögensinbegriff, wie Erbschaft, Peculium, Dos. Bei dieser s. g. universitas iuris sollte die unterscheidende Regel gelten, daß, wenn eine Sache daraus genommen und mit einer anderen (z. B. durch Kauf oder Verkauf) vertauscht würde, die letztere ganz von selbst und nothwendig an der Stelle jener ein Theil der universitas iuris werde: res succedit in locum pretii et pre-

da zur Sprache kommen, wo ihr Einfluß sich zeigt, einer aber ist von so allgemeiner Bedeutung für die Unterwerfung der Sachen unter den Willen, daß er gleich hier erörtert werden muß.

Die Sachen sind bewegliche oder unbewegliche. Res mobiles oder moventes sind die, welche ohne Veränderung ihres Wesens einer Ortsveränderung fähig sind, sei es übrigens durch eigene Kraft (se moventes), oder bloß durch eine außer ihnen liegende.[a]) Die Eigenschaft der Unbeweglichkeit kommt an sich nur dem Erdboden, solum, zu; aber die Sachen, welche wesentlich mit ihm verbunden integrirende Theile desselben geworden sind, werden von ihm an sich gezogen, sie werden res soli, und dadurch res immobiles, so die im Boden wurzelnden Gewächse,[b]) und die Gebäude, sofern sie zu dieser festen Verbindung mit dem Boden, auf dem sie stehen, bestimmt sind.[c]) Für Theile des solum, Grundstücke, haben die Römer das Wort praedia. Ein Grundstück, das als ein Ganzes für sich behandelt wird, heißt fundus; als einen Theil eines andern, eines Fundus, nennen sie es locus. Die Lage der Grundstücke theilt sie in praedia rustica und urbana, die Gebäude auf jenen heißen villae, die auf diesen aedes, ein Platz ohne Gebäude heißt dort ager, hier area.[d]) Jene Eintheilung wird aber nicht bloß auf den Ort, sondern auch auf die Art und Beschaffenheit der Grundstücke bezogen, und dabei die örtliche Bedeutung theils modificirt, theils ganz davon abstrahirt. Praedia rustica, als Grundstücke ländlicher Beschaffenheit genommen, sind Grundstücke, welche der ländlichen Lebensart, insonderheit dem Betrieb des Landbaues bestimmt sind; praedia urbana solche, die den Bedingungen der persönlichen Existenz und

---

tium in locum rei. Diese letztere Behauptung ist eben so unrichtig, als jene Zusammenstellung fremdartiger Begriffe. Mit Erfolg ist beides bekämpft worden von Hasse: über universitas iuris und rerum, und über Universal- und Singular-Succession (1821), Archiv für civil. Praxis V. 1.

a) L. 93 D. de V. S. (50, 16), L. 1 pr. D. de aed. ed. (21, 1.)

b) L. 40 D. de act. emti (19, 1): arborum quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo.

c) L. 7 §. 10 D. de adqu. dom. (41, 1): omne quod inaedificatur, solo cedit. Ein Gebäude aus Holz, welches an einem Ort errichtet wird, um sodann an einen andern Platz gebracht zu werden, ist nicht eher eine unbewegliche Sache, als bis diese seine Bestimmung in Wirklichkeit getreten ist, und wenn es überhaupt nicht bestimmt ist, auf einem gewissen Grund unveränderlich zu bleiben, bleibt es stets eine bewegliche Sache, wie z. B. eine Bude, s. L. 60 cod.

d) L. 27 pr. 60. 115. 211 D. de V. S. (50, 16.)

Bequemlichkeit, der bürgerlichen Gewerbe, überhaupt den von dem Gebrauch zur Gewinnung der Bodenerzeugnisse unabhängigen Bedürfnissen dienen. Ein Gebäude für sich betrachtet wird hiernach stets ein praedium urbanum genannt werden müssen, denn der Boden, auf dem es steht, ist dem Landbau entzogen,[e]) aber in seinem Zusammenhang mit einem andern Grundstück betrachtet, kann es untergeordneter Bestandtheil eines Landguts, also für die Zwecke des Landbaues bestimmt, und insofern einem praedium rusticum gleichgestellt sein, so daß das praedium rusticum auch die für den Betrieb der Landwirthschaft bestimmten Gebäude begreift.[f]) Umgekehrt kann jeder Platz ohne Gebäude für sich betrachtet ein praedium rusticum genannt werden, aber wenn er nur Accession eines praedium urbanum ist, so nimmt er insoweit auch die Eigenschaft desselben an, z. B. ein Garten am Haus, der nicht zur Oeconomie, sondern für die Bequemlichkeit des Bewohners bestimmt ist.[g]) Suburbanum praedium heißt dem Ort nach ein Grundstück, das außerhalb der Stadt, aber noch im Gebiet oder der unmittelbaren Nähe derselben liegt,[h]) aber es wird auch eine besondere Beschaffenheit des Grundstücks damit bezeichnet, und dann heißt es ein solches, das sich von den städtischen nicht durch seine Lage, sondern durch seinen ländlichen Charakter unterscheidet.[i])

Die natürliche Hingabe unter den menschlichen Willen liegt schon in dem Begriff der Sache, wir können nicht Sache nennen,

---

e) §. 1 I. de servit. (2, 3.), L. 4 D. in quib. caus. pign. (20, 2.) Ulpian. XIX. 1.

f) L. 198 D. de V. S. (50, 16), L. 4 §. 1 D. in quib. caus. pign. (20, 2): Stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest. Et quidem urbanorum sine dubio non sunt, quum a ceteris aedificiis separata sint (d. h. ein solches Gebäude erscheint durch seine isolirte Lage als bloße Accession des praedium rusticum, während eine Reihe von Gebäuden sich als etwas principales darstellt). Quod ad causam tamen taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt; denn bei dem Pfandrecht an den in das gemiethete praedium urbanum eingebrachten Sachen wird nur auf die Beschaffenheit des Grundstücks für sich gesehen. Eben so auch bei den Servituten, L. 1 pr. D. comm. praed. (8, 4), s. §. 253.

g) L. 198 in f. D. de V. S. (50, 16.)

h) L. 41 §. 6 D. de legat. III (32).

i) L. 16 C. de praed. minor. (7, 71): — quod ab urbanis non loco, sed qualitate discernitur —. Also die horti, die in reditu sunt (L. 198 in f. D. de V. S.) sind solche praedia suburbana.

was seiner natürlichen Beschaffenheit nach der Beherrschung des Menschen entnommen ist. Aber manche Sachen sind durch das Recht der menschlichen Herrschaft entweder überhaupt oder wenigstens dem Privatrecht entzogen. Von diesen, und besonders von den letzteren die nicht der menschlichen Herrschaft überhaupt entzogen sind, wird der Ausdruck gebraucht: non est commercium earum.[k] Mit diesem Ausspruch kann entweder bloß das quiritische Recht, oder auch schlechthin jede privatrechtliche Unterwerfung ausgeschlossen sein (§. 197 a. E.).[l] Wir sprechen an diesem Ort bloß von denen, deren Ausschließung von dem Verkehr diesen letzteren Umfang hat.

Manche Sachen sind dem menschlichen Recht ganz entzogen, sie heißen res divini iuris.[m] Es sind die res sacrae, die dem Gottesdienst durch eine priesterliche Ceremonie unter öffentlicher Autorität geweiht sind, und die res religiosae, die durch einen Privatact, nämlich durch die Bestattung eines Todten entstehen, wodurch der Platz mit dem, was darauf errichtet ist, zum locus religiosus wird, vorausgesetzt, daß der Ort dieser Disposition des Bestattenden unterworfen war, und die Absicht nicht bloß auf eine vorübergehende Beisetzung des Leichnams gieng. Die Autorität, von der die Entstehung einer res divini iuris abhängt, ist bei den res sacrae die auctoritas populi, bei den religiosae das Eigenthum an dem Boden, daher dem Besitzer eines Provincialgrundstücks die Macht, einen Platz darauf durch Begräbniß zum locus religiosus zu machen, abgesprochen wurde. Sofern aber sein Recht dem Eigenthum analog ist, wird auch ein solcher Ort nach der Analogie eines religiosus behandelt. — An diesen Sachen besteht kein Eigenthum, auch nicht für den Staat oder die Kirche; dieß schließt indessen nicht aus, daß sie unter dem Schutz des öffentlichen Rechts stehen, zu welchem Behuf auch Popularklagen gegeben werden,[n] und bei res religiosae ist

---

k) L. 6 pr. D. de contrah. emt. (18, 1): — ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus martius.

l) So ist kein Commercium der Provincialgrundstücke nach Jus civile, sie sind aber darum nicht überhaupt dem Privatrecht entzogen.

m) Gai. I. 2—9. L. 6 §. 2 sqq. D. de div. rer. (1, 8) §. 7—10 I. de rer. divis. (2, 1.)

n) Dig. XLIII. 6: ne quid in loco sacro fiat. XLVII. 12: de sepulcro violato.

die Beziehung auf Privatpersonen nicht ausgeschlossen, sofern es sich um das Recht der fortdauernden Benutzung eines solchen Orts auch für künftige Begräbnisse handelt.[o]) Auch wieder aufgehoben kann die Eigenschaft einer Sache werden, aber nur durch öffentliche Autorität,[p]) außerdem hat das Gelangen derselben in die Gewalt der Feinde dieselbe Folge, weil dadurch der bisherige rechtliche Zustand der Sache, und damit auch das divinum ius derselben, ausgelöscht wird.[q])

Sanctum ist, was durch eine besondere Verpönung seiner Verletzung geschützt ist, ein solches ist auch das sacrum und religiosum. Aber jener Schutz hat sich auf gewisse res humani iuris erstreckt, und diese werden res sanctae in einem besondern Sinn genannt. Es sind gewisse öffentliche Sachen, die auch schon bei ihrer Entstehung durch religiöse Ceremonien einen geheiligten Charakter erhalten, und auf deren Verletzung eine bedeutende Strafe gesetzt ist; als Beispiele werden die Mauern und Thore einer Stadt angeführt.[r]) Von diesen wird gesagt, sie seien in gewisser Hinsicht den res divini iuris gleichgestellt; dieß bezieht sich nicht bloß auf die so eben bemerkte Eigenschaft, sondern auch darauf, daß die Mauern und Thore eines Municipiums zwar im Eigenthum der Stadt sind, aber doch der Disposition derselben entzogen, so daß jede Veränderung eine Genehmigung der Stadtregierung voraussetzt.

Die res humani iuris sind regelmäßig dem Commercium hingegeben. Es ist daher nur zufällig, wenn sie sich nicht in der Herrschaft von Privatpersonen befinden, oder ganz und gar herrenlos sind, wie z. B. die wilden Thiere, während sie in ihrer natürlichen Freiheit sich befinden. Aber es giebt solche, hinsichtlich deren kein Commercium besteht.

Für einige Sachen gilt das Princip, daß sie Gemeingut aller Menschen sind: communia omnia, so daß eine Unterwerfung weder von Einzelnen, noch von den Staaten statthaft ist. So die Luft, das Flußwasser als vorüberfließendes, also in einer Beweglichkeit gedacht, das Meer und mit diesem die Meeresufer, die sich so weit

---

o) Dig. XI. 8: de mortuo inferendo et sepulcro aedificando.

p) L. 44 §. 1 D. de religiosis (11, 7), L. 14 C. eod. (3, 44.)

q) L. 36 D. eod.

r) L. 1 pr. 8, 9 §. 3. 4, L. 11 D. de divis. rer. (1, 8.) Festus v. religiosus.

ins Land erstrecken, als die Fluth des Meeres bei ihrem höchsten Stand reicht. [s]) Niemand kann sich eine ausschließliche Gewalt über diese Sachen zuschreiben, aber sofern die Ausscheidung eines Theils davon möglich ist, wodurch dieser Theil selbstständig gegen das Ganze wird, verliert er auch seine Eigenschaft einer res omnium communis. So ist der durch Errichtung eines Gebäudes auf dem Ufer oder in das Meer hinein dem Meer abgewonnene Platz nicht mehr Meeresboden oder Meeresufer, und daher dem Commercium errungen, solange die Ausscheidung dauert, also das Meer nicht wieder den Sieg über dieses menschliche Werk davon trägt, vorausgesetzt, daß jene Ausscheidung nicht als ein Hinderniß des gemeinen Gebrauchs verboten ist. [t]) Es gab Juristen, welche die Meeresufer, also den Meeresboden, soweit er zur Zeit der Ebbe frei ist, für Eigenthum des Staats hielten, dessen Territorium das Meer begränzt,[u]) ohne Zweifel, um das Recht einer anderen Nation, von jener Möglichkeit der Abneigung eines Stücks durch Bauten Gebrauch zu machen, auszuschließen, ein Recht, welches von dem Princip einer res omnium communis aus nicht in Abrede zu stellen war. [v])

Unter den Sachen, die im Eigenthum des Staats sich befinden, res publicae, sind solche, die den Bedürfnissen desselben auf dieselbe Weise zu dienen bestimmt sind, wie das Vermögen des Einzelnen den Bedürfnissen dieses, die daher zu dem eigentlichen Staats**vermögen**, der pecunia populi, gehören. Sie dem Verkehr entziehen,

---

s) L. 2—4 D. de div. rer. (1, 8.), Cic. top. 7. L. 96 pr. 112 D. de V. S. (50, 16.)

t) L. 6 pr. 10 D. de div. rer. (1, 8), L. 14. 50 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 3. 4 D. ne quid in loco publ. (43, 8.)

u) Celsus L. 3 cit.

v) Der Rechtssatz, daß der Luftraum über einem Grund zu diesem gehört, L. 22 §. 4 D. quod vi (43, 24), und daher der Eigenthümer jede Einwirkung, die dessen Freiheit beeinträchtigt, abwehren kann, L. 1 pr. D. de serv. praed. urb. (8, 2), pflegt auch als eine solche Modification des obigen Princips dargestellt zu werden, gleich als ob aus dem Grundsatz, daß die Luft Gemeingut ist, eigentlich folgen würde, daß jeder in jenem Luftraum vornehmen könnte, was er Lust hat. Aber dieß folgt so wenig daraus, als daß jeder die Portion Luft, deren er bedarf, in meinem Zimmer einnehmen dürfte. Es ist klar, daß darum, daß die Luft Gemeingut ist, nicht jeder Raum es ist, in dem sich Luft befindet. Man könnte sagen: hiernach habe der Satz, daß die Luft eine res omnium communis sei, eine kaum sichtbare juristische Bedeutung. Dieses Ergebniß hätte kein Bedenken, da wenigstens die Römer nirgends ein merkliches Gewicht darauf legen.

würde ein Hinderniß ihres Zwecks, der Bestreitung der Staatsbedürfnisse, sein, obwohl vielleicht durch sein singuläres Recht das Gelangen derselben an Andere ohne den Willen ihres jetzigen Eigenthümers (z. B. durch Usucapion) erschwert sein kann. Ist ein solches Staatsgut für unveräußerlich erklärt, so ist dadurch allerdings jedes Recht einer Privatperson davon ausgeschlossen, die unveräußerliche Sache also dem Commercium entzogen.[w] Unter den res publicae aber sind solche, die dem gemeinen Gebrauch der Bürger bestimmt sind, quae in publico usu habentur, an diesen besteht kein Commercium.[x] Solche sind der Staatsboden, der zu öffentlichen Plätzen, und zu Land- und Wasserstraßen (viae publicae — rusticae et urbicae; flumen, lacus, fossa, stagnum publicum, portus) dient.[y] Bei dem flumen publicum macht übrigens der Fluß selbst den Boden, der sein Bette bildet, nicht dieser jenen zur res publica; als Staatseigenthum gilt jedes flumen perenne.[z] Gegen eine Beschädigung dieser res publicae und gegen Beeinträchtigung ihres öffentlichen Gebrauchs sind Rechtsmittel gegeben.[aa] Dieser gemeine Gebrauch kommt auch bei Sachen vor, die im Eigenthum einer Stadt sind, auch diese hat ihre öffentlichen Plätze und Straßen, im Gegensatz zu ihrer pecunia oder patrimonium. Auch auf sie ist jener Rechtssatz erstreckt, daß sie dem Commercium entzogen sind, wie denn auch sogar der Name res publicae auf sie ausgedehnt worden ist.[bb]

Nach allerältestem Recht war das ganze Territorium des Staats

---

w) Dieß ist festgesetzt für die fundi patrimoniales des Princips, L. 39 §. 19 D. de legat. I (30).

x) L. 6 pr. 72 §. 1 D. de contr. emt. (18, 1.) Auch Privateigenthum kann dem gemeinen Gebrauch unterworfen sein, so die Ufer eines öffentlichen Flusses, soweit der Gebrauch des letzteren jenes mit sich bringt, §. 4 I. de rer. div. (2, 1.), L. 5 pr. D. de div. rer. (1, 8.) Also nicht der publicus usus allein ist es, der eine Sache aus dem Commercium nimmt.

y) L. 1 §. 21 sqq. D. ne quid in loco publ. (43, 8), L. un. D. ut in flum. publ. (43, 14.)

z) L. 1 §. 2. 3 D. de flumin. (43, 12.)

aa) Dig. XLIII. 7. 8. 11. 12—15. (Schmidt [von Ilmenau], die interdicta de cloacis, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XV. 3 [1848]. R.)

bb) L. 15—17 D. de V. S. (50, 16.) Darum werden in L. 6 §. 1 D. de div. rer. (1, 8) als Beispiele für Sachen, die im Eigenthum der universitas, nicht der Einzelnen sind, zuerst die Theater, Stadien u. dgl. angeführt, weil bei diesen jener Umstand am sichtbarsten hervortritt, da sie gar nicht ins Eigenthum der Einzelnen kommen können.

Staatseigenthum, aber zum größten Theil dem Gebrauch der Bürger hingegeben, also in publico usu, nur daß der Einzelne den Besitz der Grundstücke erhielt, und davon, solange der Staat seine Concession nicht zurücknahm, Andere ausschloß (Bd. I §. 40). Das Privatgrundeigenthum nach quiritischem Recht, welches nachher neben jener possessio entstand, wurde als ein vom Staat verliehenes behandelt, es wurde durch Assignation (ager assignatus), oder durch Verkauf von dem Staat an die Bürger (ager quaestorius) von dem Ager publicus ausgeschieden. Diese Ausscheidung wurde durch ein äußerliches Kennzeichen sichtbar gemacht; es bestand in der Einschließung des Privatlandes in Limites, so daß anfangs ager limitatus und ager privatus gleichbedeutend war.[cc]) Die Limitation bestand darin, daß der ganze District mit einem Netz von Linien, theils von Süd nach Nord (cardines), theils von Ost nach West jene rechtwinklig durchschneidend (decumani), überzogen wurde.[dd]) Die äußersten schließen den District nach außen ab, die inneren theilen ihn in Vierecke, von gleichem Maß, Centurien genannt,[ee]) ihr Abstand von einander richtet sich nach der Größe dieser Centurien, bei Centurien von 200 Jugera beträgt er 2400 Fuß. Die Limites wurden mit Gränzzeichen versehen, überdieß wurde für die nöthigen Wege dadurch gesorgt, daß sie nicht bloße mathematische Linien, sondern Gränzraine waren, die, dem Privateigenthum entzogen, im Eigenthum des Staats zurückblieben, wenigstens bei assignirtem Land. Die größte Breite hatten die zwei Hauptlimites, mit deren Ziehung das ganze Geschäft begonnen wurde: cardo maximus, decumanus maximus (sie stieg bis auf 20 und 40 Fuß), geringer war die der actuarii oder quintarii limites (je die fünften — oder, den Ausgangspunkt mitgerechnet, die sechsten Limites, die also fünf Centu-

---

cc) Daher Festus die possessiones (h. v.) als agri late patentes bestimmt. — Das limitirte Land wird auch dem ager occupatorius entgegengesetzt, d. h. dem auf andere Art als durch Assignation oder quästorischen Verkauf in den Privatbesitz gekommenen.

dd) Sic. Flaccus de cond. agror. in Gromatici veteres ex rec. C. Lachmanni (1848) p. 152, Hyginus, de limitib. constituendis, ib. p. 166 sqq.

ee) Paul. Diac. ex Festo: Limitatus ager est in centurias dimensus. — Centuriatus ager in ducena iugera definitus, quia Romulus centenis civibus ducena iugera tribuit. Ein iugerum beträgt 240 Fuß in die Länge, 120 in die Breite, die Hälfte davon ist ein actus quadratus, 120 Fuß ins Gevierte, Varro de R. R. I. 10.

rien einschlossen); die zwischen den Actuarii liegenden (je vier) Limites waren in den Provinzen bloße Linien ohne Breite (sie waren nur mensuris agendis, nicht itineribus agendis bestimmt), und hießen daher linearii, in Italien waren auch sie als Gränzstreifen, die im Staatseigenthum blieben, angelegt, um zu Wegen zu dienen, und wurden subruncivi genannt, ihre Breite war gesetzlich auf acht Fuß gestellt. [ff] Es war wie bemerkt, eine Zeit in Rom, wo jeder ager privatus limitirt war, dieß änderte sich späterhin, es gab in den Provinzen und in Italien vieles Privatland, das es weder durch Assignation noch durch Verkauf vom Staat geworden war, dieses war nicht limitirt. Ein District nun, der nicht vermessen ist, dessen Umfang also nur durch entgegenstehende Landwehren: Flüsse, Berge, Forsten, oder durch fremdes Grundeigenthum bestimmt wird, heißt ager arcifinius. [gg])

Der Besitz.[a])

CCXXIV. Wir haben die Sache als den der menschlichen Herrschaft vollkommen hingegebenen Gegenstand bestimmt, ihr Loos ist die Unterwerfung unter den Willen des Menschen. Diese Unterwerfung bietet sich uns zunächst als eine factische dar, deren Resul-

---

ff) Hyginus, de limit. const. p. 168 Lachm.

gg) Isidor. orig. XV. 12, 11. Sic. Flacc. p. 137, 21. Frontin. 5, 6 Lachm. Die Ableitungen ab arcendis hostibus oder vicinis oder finibus mögen in dieselbe Classe von Etymologien fallen, welcher territorium von hostes terrendi causa angehört. (Die Limitation wurde auch in den Colonieen, namentlich in den Militaircolonien der Uebergangszeit zur Kaiserperiode angewendet; sie stimmt mit den modernen Separationen darin überein, daß die Loose zusammengelegt werden und daß die Grenz- und Wegestreitigkeiten wegfallen, nur sind es nicht die alten Besitzer, sondern die Veteranen, welchen diese Vortheile zu Statten kommen. Vgl. Rudorff, gromatische Institutionen in den Schriften der Feldmesser II (1852) §. 46 S. 366 §. 87 S. 263. R.)

a) Kein Glied unseres Rechtssystems hat eine so überfließende Literatur, als der Besitz, besonders in Beziehung auf einzelne Momente dieser Lehre. Weniger zahllos sind die vollständigeren Darstellungen derselben. Eine von ihnen steht hoch über den andern, die sie im Ganzen antiquirt hat. Es ist Savigny's Recht des Besitzes, zuerst erschienen 1803, zum sechstenmal 1837 (zum siebentenmal mit einem Anhang „Ueber die neuere Besitzliteratur seit der sechsten Ausgabe" von Rudorff. 1865. Die neuste Schrift ist Ihering, Beiträge zur Lehre vom Besitz. Erster Beitrag: über den Grund des Besitzschutzes 1868, auch in den Jahrbüchern für Dogmatik IX. 1, 2. Aufl. 1869. Vgl. darüber Reinhold Schmid in der Krit. Vierteljahrsschrift XII, S. 65—85. R.)

tat die factische Gewalt über die Sache ist, die wir Besitz der Sache nennen.[b]) Dieses Verhältniß hat eben darum nicht in sich selbst einen rechtlichen Charakter, für sich ist es der rechtlichen Betrachtung gegenüber etwas zweideutiges: daß ich die Sache in meiner factischen Gewalt habe, kann, das Verhältniß für sich genommen, eben so wohl Unrecht als Recht sein, — während die rechtliche Unterwerfung der Sache, deren Resultat ist, daß mir die Sache gehört, daß ich Eigenthümer derselben bin, schon in sich selbst einen entschiedenen rechtlichen Charakter hat, ohne denselben anderswoher entlehnen zu müssen.

Wenn nun jene factische Herrschaft als eine für sich bestehende ein rechtliches Dasein erhalten soll — wir setzen dieß für jetzt nur als eine Möglichkeit, ob es wirklich geschehen, ob der Besitz ein Rechtsverhältniß geworden ist, wird sich nachher ergeben — so kann dieß nur so gedacht werden, daß sie diese rechtliche Existenz von einem Recht ableitet, unter dessen Schutz sie steht, von dem sie getragen wird. Das Problem ist: es soll von uns, indem wir besitzen und darum, daß wir besitzen, gesagt werden können, daß wir in einem rechtlichen Zustand uns befinden, wir sollen als Besitzer einen rechtlichen Schutz in Anspruch nehmen können, und doch ist dieser Besitz, eben indem wir ihn für sich betrachten, seinem Wesen nach etwas factisches, — wir berufen uns, indem wir Besitzer zu sein behaupten, auf eine Thatsache, die es unentschieden läßt, ob wir im Recht oder im Unrecht sind, und verlangen doch, in diesem Verhältniß geschützt zu werden — wie mag das zugehen? Man könnte daran denken, die rechtliche Existenz des Besitzes aus dem Eigenthum, der rechtlichen

b) Diese dialectische Priorität der factischen Herrschaft vor der rechtlichen, des Besitzes vor dem Eigenthum, gestaltet sich bei den römischen Juristen zu der historischen Reflexion, daß die Menschheit erst durch den Besitz hindurch zum Eigenthum gekommen sei: possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχὴν dicunt. Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait — L. 1 D. de adquir. vel amittenda possessione (41, 2). Diese Ansicht muß sich jedem empfehlen, der sich die Geschichte der Menschheit von ihrem ersten Anfang an als einen Fortgang von Unrecht zu Recht, von Unvollkommenheit zu Vollkommenheit, von Materialismus zu Geistigkeit vorzustellen pflegt. Aber vielmehr war das Recht vor dem Unrecht; die Trennung des Factums von dem Recht (Bd. 1 S. 60) ist nicht von Anfang gewesen, und erst, als es zu dieser Trennung kam, konnte der factische Zustand als ein für sich bestehender in das Bewußtsein eintreten.

Herrschaft über die Sache, abzuleiten. In der That vermag das Eigenthum dem Besitz einen rechtlichen Charakter zu geben: der Besitz ist dann ein rechtlicher Zustand, wenn der Eigenthümer besitzt, oder wer diese Befugniß von dem Eigenthümer erhalten hat. Aber was ist die Folge dieser Deckung des Besitzes durch das Eigenthum? Daß der Besitz von dem Eigenthum rechtlich absorbirt wird, daß die factische Herrschaft nur dann eine rechtliche Existenz hat, wenn sie mit der rechtlichen verbunden ist, daß sie selbstständig gegen das Eigenthum geworden schlechthin das Unrecht ist. Das Problem ist aber gerade, daß die factische Herrschaft selbstständig gegenüber der rechtlichen gedacht ein rechtliches Dasein haben soll. Wenn ich, um meinen Besitz als einen rechtlichen Zustand darzustellen, mich auf das Eigenthum an der Sache berufen muß, so ist die Klage, die ich wegen Verletzung meines Besitzes anstelle, allein die Eigenthumsklage, das Recht, welches verletzt ist, das Recht, welches geschützt wird, ist das Eigenthum, und nicht der Besitz.

Wir werden jenes Problem nie lösen können, wenn wir uns an das Eigenthum, diese der Selbstständigkeit des Besitzes feindliche, sie verzehrende Macht wenden, vor welcher der Besitz, wenn er sich von ihr ablösen will, stets als Unrecht erscheinen muß. Die Bedingung der Lösung ist das Ignoriren des Eigenthums, denn das Problem ist eben dieses: warum wird der Besitzer geschützt, mag er Eigenthümer sein oder nicht, also warum wird bei diesem Schutz das Eigenthum ignorirt? Das Recht, aus dem dieses rechtliche Dasein des Besitzes sich ableitet, kann nur das Recht sein, welches dem Eigenthum und dem Besitz vorausgeht, das Recht der Persönlichkeit. Es ist die Persönlichkeit des Besitzers, welche seinen Besitz deckt und schirmt. Wenn ich als Eigenthümer respectirt werden will, so berufe ich mich allerdings stillschweigend auch auf meine Persönlichkeit, ohne die ich auch nicht Eigenthümer sein könnte. Aber ich berufe mich überdieß auf das Recht, welches meine Herrschaft über die Sache zu einer rechtlichen macht, ich behaupte, meine Unterwerfung der Sache sei auf eine mit einem selbstständigen rechtlichen Charakter bekleidete Art geschehen, sie trage ihre rechtliche Existenz als eine selbstständige in sich und brauche sich nicht von einem andern Recht zu entlehnen. Ich gründe meinen Anspruch nicht auf den Rechtssatz, der mir Persönlichkeit, sondern auf den, der mir diese Sache selbst unmittelbar zuerkennt. Wenn ich dagegen meinen Besitz geachtet wissen will, so

fällt diese letztere Berufung weg, ich behaupte nicht, daß das Recht mir die Sache selbst zuerkennt, denn ich behaupte ja nicht die rechtliche, sondern die factische Herrschaft, indem ich noch dahin gestellt sein lasse, ob sie auch für sich betrachtet eine rechtliche sei, es bleibt also hier nichts übrig, als jene Berufung auf meine Persönlichkeit, und diese ist daher nicht bloß die allgemeine Voraussetzung, sondern der specielle Grund meines Anspruchs. Weil ich Person bin, behaupte ich, muß mein die Sache unterwerfender Wille, der Ausfluß meiner Persönlichkeit, bis auf einen gewissen Grad geachtet, es muß ihm eine rechtliche Existenz zuerkannt werden, die er nicht in sich trägt (denn ich sage noch nicht, daß die Sache mir gehört), aber die er aus dem Recht der Persönlichkeit ableitet.

So haben wir den Besitz als die Beziehung der Person auf Sachen anzusehen, die noch unselbstständig wie unter der Tutel der Persönlichkeit steht, von der sie sich noch nicht frei gemacht hat; die Person bezieht sich im Besitz noch immer auf sich selbst, und lediglich darauf beruht das rechtliche Dasein des Besitzes.

CCXXV. Aber hat der Besitz wirklich ein rechtliches Dasein? Unter den Interdicten, durch welche der Prätor Privatinteressen schützt, kommen neben denen, welche die Nachweisung eines Rechts an einer Sache, einer Person, einem Vermögen voraussetzen, und bei welchen der Richter über die Existenz dieses Rechts zu urtheilen hat (quae proprietatis causam habent, quae rei persecutionem continent, quae iuris tuendi causa competunt), auch solche vor, bei denen es sich lediglich um die Ausübung eines dauernden öffentlichen, Familien- und Vermögensrechts handelt, so daß diese das Interdict begründet, und von ihr die Entscheidung abhängt: interdicta quae possessionis causam habent.[a]) In diese Classe gehören auch

a) L. 2 §. 2 D. de interd. (43, 1.) (Der rein possessorische Charakter der Interdicte ist die Regel: unter den Interdicten zum Schutz der Ausübung eines Privatvermögensrechts [quae ad rem familiarem spectant] giebt es sogar kein einziges petitorisches: erst wenn der Kläger über die Ausübung hinaus auch in der Reparatur geschützt sein will, muß er das Recht beweisen. Dagegen sind die Interdicte wegen Benutzung öffentlicher und kirchlicher Gegenstände petitorisch, und bei den Interdicten zum Schutz der Familienrechte [quae ad rem familiarem pertinent in diesem Sinn] liegt dieß sogar schon in dem Namen: quae *iuris* tuendi causa competunt. Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIII S. 239—241. R.)

die, welche den Besitz des Klägers zu ihrem Grunde haben: [b]) die eigentlich possessorischen Interdicte. [c]) Sie haben den Zweck, theils einen gegenwärtigen Besitz gegen Störung zu schützen, theils einen verlorenen Besitz wiederzuverschaffen, jene heißen retinendae, diese recuperandae possessionis. [d])

Die interdicta retinendae possessionis haben den Zweck, den Besitz aufrecht zu erhalten, der von dem Gegner angefochten wird. Die Anfechtung kann in einer materiellen Störung bestehen, einer Handlung, wodurch der Besitzer verhindert wird, etwas, wozu ihm der Besitz die factische Macht giebt, mit der Sache vorzunehmen, oder wodurch der Handelnde selbst etwas mit der Sache vornimmt, ohne jedoch jenem den Besitz zu entziehen. [e]) Aber auch schon das Bestreiten des Besitzes ohne irgend eine Thätlichkeit ist eine Anfechtung, die das Interdict veranlaßt, diese letztere Veranlassung ist sogar die gewöhnliche. [f]) Bei dem Streit über das Eigenthum hängt die Parteirolle von dem Besitz ab, der gegenwärtige Besitzer hat den Vortheil, Beklagter zu sein, den Gegner trifft das onus petitoris. Wenn nun jede Partei darauf Anspruch macht, so ist dieser Punkt vor allem zu erledigen. Nach dem ältesten Recht wurde darüber kein besonderer

---

b) (Verschieden davon sind die, welche beim Beklagten Besitz voraussetzen, z. B. quod legatorum nomine *possides*, Fragm. vat. §. 90. R.)

c) Quintilian. I. O. VII. 5. in sponsionibus, quae ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quaestio, sed tantum possessionis, tamen non solum possedisse se, sed etiam nostrum possedisse docere debet. R.)

d) Bloß bei diesen beiden Classen ist der Besitz Grund und Zweck oder Gegenstand zugleich. Bloß Gegenstand ist er bei den interdicta adipiscendae possessionis, die einen Besitz verschaffen sollen, den man noch nicht gehabt hat, die also nicht auf den Besitz sich gründen, durch welche nicht der Besitz, sondern ein sonstiges Recht geschützt wird (proprietatis causam habent), Gai. IV. 144—147. L. 2 §. 3 D. de interd. (43, 1.) Eben so bei den Interdicten, die zwar nicht wesentlich voraussetzen, daß der Kläger den Besitz noch nicht gehabt hat (wie dieß bei den interdicta adipiscendae possessionis der Fall ist), die vielmehr auch die Wiedererlangung eines schon gehabten Besitzes zur Folge haben (sie heißen eben darum duplicia: tam adipiscendae quam recuperandae possessionis, s. darüber §. 232 Note k), bei denen aber eben dieses Moment, ob der Kläger schon einmal Besitzer war, gleichgültig ist, und die also ebenfalls den Besitz nicht zu ihrem Grund haben.

e) L. 3 §. 2—4 D. uti possid. (43, 17), L. 11 D. de vi (43, 16).

f) Daher bezeichnen die Römer die Veranlassung als possessionis controversiam fieri, und bringen auch die thatsächliche Störung unter diese Rubrik, L. 3 §. 2 D. uti possid. (43, 17.)

Proceß geführt, der Prätor entschied nach seinem Ermessen, später aber gab er das interdictum retinendae possessionis, dem zu Folge die Frage, wer Besitzer sei, in einem besonderen Judicium entschieden wurde; dieß war nach Ulpian der erste Anlaß zur Einführung dieser Interdicte.[g]) Der Zweck, der mit dem Interdict verfolgt wird, ist stets die Anerkennung des Besitzes, im Fall einer thätlichen Störung kommt dazu noch der Ersatz des dadurch verursachten Schadens.[h])

Der Prätor hat ein doppeltes Interdict proponirt: für unbewegliche und bewegliche Sachen. Für den Besitz an Grundstücken ist bestimmt das interdictum uti possidetis.[i]) Um in diesem Proceß

---

g) L. 1 §. 2. 3 D. uti possid. (43, 17.) Daß der Prätor die Worte vim fieri veto in diesen Interdicten gebraucht, deutet keineswegs auf einen andern Anlaß, und ist daher kein Grund gegen die Richtigkeit jener historischen Behauptung. — Uebrigens muß man nicht glauben, daß, weil bei der legis actio eine solenne Feststellung des Besitzes durch Deductio u. s. f. und das vindicias dicere geschah (§. 161), die Anwendung des Interdicts hier ausgeschlossen gewesen wäre. Auch hier war das Interdict statthaft, und nach seinem Erfolg bestimmten sich sodann jene solennen Handlungen, die eben nichts anderes als Solennitäten waren, worin früher das Ermessen des Prätors, später das Resultat des Interdicts seinen förmlichen Ausdruck fand. Daher konnten sehr wohl die interdicta retinendae possessionis schon zur Zeit des ausschließlichen Verfahrens mit Legis Actiones entstanden sein. (Die neuesten Schriftsteller über das int. uti possidetis (Note i) legen auf die Aeußerung Ulpian's ein größeres Gewicht, als dieß einer historischen Bemerkung eines römischen Juristen eingeräumt werden kann, so namentlich Ihering, Beitr. zur Lehre vom Besitz. Jahrb. IX S. 44. 53. 64. 195, Krüger, Versuche zur Kritik S. 78 f. Daß aber der Gedanke der Interdicte in eine „Position im Eigenthumsprocesse" nicht aufgeht, sondern auf den allgemeinern Schutz der Defensive zurückgreift, beweist die vis nach erlassenem Interdict, deren Bedeutung wir jetzt aus Studemund's Lesung von Gaius 4, 170 erkennen. Andere Gegengründe bei Rudorff zu Puchta, Pandekten, 11. Auflage (1871) S. 199—201 Note d. h. R.)

h) Ueber das Verfahren bei diesen Interdicten s. §. 169.

i) Bei Festus (v. possessio) lautet das Interdict: uti nunc possidetis *eum fundum* quo de agitur, quod nec vi, nec clam, ne precario alter ab altero possidetis, ut ita possideatis, adversus ea vim fieri veto; in L. 1 pr. D. uti possid. (43, 17): uti *eas aedes* q. d. a. nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo, (über den Sinn dieser Klausel vgl. Schmidt [v. Ilmenau] in der Zeitschr. für gesch. R. W. XV. 3 [1848] S. 88. R.) neque pluris quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. (Ein drittes Formular: uti possidetis *eum locum* wurde bei Grundstücken, die nicht Landgüter oder Häuser sind oder bei partes pro diviso gebraucht, L. 60 D. de V. S. [50, 16], L. 1 §. 8, L. 3 §. 6 D. uti poss. (43, 17.) Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtsw.

zu siegen, muß man gegenwärtiger Besitzer sein, aber dieß ist noch nicht hinreichend, der Besitzer muß auch nec vi, nec clam, nec precario von seinem Gegner besitzen, d. h. er darf seinen Besitz nicht von dem Gegner durch eines jener drei vitia possessionis überkommen haben: durch Gewalt gegen ihn, oder durch eine Verheimlichung seines Besitzerwerbs vor, oder durch eine Ueberlassung des Besitzes auf beliebigen Widerruf von ihm. Wenn nun eine der beiden Parteien als Besitzer befunden wird, aber mit einem jener Vitia gegenüber ihrem Gegner, so wird diesem der Besitz zuerkannt; so kann es geschehen, daß der, welcher nicht gegenwärtiger Besitzer ist, in Folge des Interdicts als Besitzer anerkannt wird, für ihn also das Interdict die Wirkung eines interdictum recuperandae possessionis hat. Dieß ist eine Folge davon, daß die interdicta retinendae possessionis, wie schon aus ihrer Fassung hervorgeht, beide Parteien als mögliche Besitzer im Auge haben (sie sind duplicia in diesem Sinn), jede Partei zugleich als Kläger und Beklagter behandelt, und der Besitz jedem, der sich als Besitzer ausweist, zuerkannt werden soll;[k]) der gegenwärtige Besitz gilt nicht wegen des Vitiums, er wird ignorirt, dadurch wird der ihm vorhergehende Besitz des Gegners der gegenwärtige.[l]) — Für den Besitz

---

XI. S. 336. — Das int. uti possidetis ist das einzige, dessen Hergang wir einigermaßen übersehen können und daher Gegenstand einer Anzahl eingehender neuerer Untersuchungen geworden: Albert, über das int. u. p. 1824. Herm. Witte, das int. u. p. als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium 1863. Eck, die sogenannten doppelseitigen Klagen (1870) S. 28—88. Krüger, Bemerkungen über das int. u. p. in den Krit. Versuchen (1870) S. 88—113. R.)

k) Gai. IV. 160. L. 3 pr. D. uti possid. (43, 17.) (Die Duplicität darf weder auf das Interdict allein, noch auf die rein äußerliche Zusammenfassung zweier int. simplicia beschränkt werden, wie es bei Schmidt, Int. S. 180 f. und Eck, S. 47 geschieht, sie umfaßt das ganze Verfahren auch in materieller Hinsicht. Es ist derselbe Grundgedanke wie im Sacramentsprocesse, daß das bloße Bestreiten des Besitzes nicht genügt, sondern eigener Besitz behauptet werden müsse, nur wurde im Interdict durch die fructuum licitatio zugleich die Parteirolle bestimmt. Rudorff, R. G. II S. 181, Eck, a. a. O. S. 46. Krüger, a. a. O. S. 103. R.)

l) Man muß dieß nicht auf den Beklagten beschränken, so daß bei dem Kläger schlechterdings der gegenwärtige Besitz vorausgesetzt würde, — dieß würde gerade der Natur der duplicia iudicia widerstreiten, bei denen eben eine Parte wie die andere behandelt werden soll. (Schmidt, Interdictenverfahren [1853] S. 113 erinnert jedoch mit Recht, daß diese Ausdehnung nur vom Standpunkt derer behauptet werden kann, welche eine possessio duorum in solidum annehmen. R.)

beweglicher Sachen ist das interdictum utrubi bestimmt.[m]) Hier soll nach dem prätorischen Edict der gegenwärtige Augenblick nicht entscheiden, der soll gewinnen, welcher in dem letzten Jahr, von dem Anfang des Processes rückwärts gerechnet, längere Zeit als sein Gegner besessen hat, so jedoch, daß auch hier ein Besitz, der vi, clam oder precario von der andern Partei angefangen hat, nicht gilt; dagegen kann sich jeder der Länge seines Besitzes die des Besitzes seines Vorgängers, von dem er ex iusta causa den Besitz erhalten hat, zurechnen: es findet eine accessio possessionis Statt.[n]) Was bei dem interdictum uti possidetis aus der Natur der interdicta retinendae possessionis als duplicia folgte, daß man in Folge derselben einen verlorenen Besitz wieder erlangen kann, das ist hier schon durch jene Zeitbestimmung gegeben; wer durch Gewalt, Heimlichkeit oder Precarium den Besitz einer beweglichen Sache verloren hat, kann sich den Besitz durch das interdictum utrubi von dem widerrechtlichen Besitzer, vorausgesetzt, daß dieser noch besitzt,[o]) wieder verschaffen, wenn er nur innerhalb eines Jahrs Gebrauch davon macht.[p]) Jene Rücksicht auf den längeren Besitz im letzten Jahr war schon vor Justinian abgekommen, und das Interdict

m) „Utrubi hic homo de quo agitur apud quem maiore parte huius anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.“ Gai. IV. 160. L. 1 pr. D. utrubi (43, 31). (Aelteste Spur bei Plautus, Stichus V. 4, 14 — utrubi accumbamus? abi tu sane superior. R.)

n) Gai. IV. 150—152.

o) L. 3 §. 10 uti possid. (43, 17.)

p) (Von dem interdictum uti possidetis gilt dieß nicht, allein dem cascellianum oder secutorium iudicium [§. 169] auf Restitution des Besitzes oder quanti res est — Gai. IV. 166. L. 3 §. 11 D. uti poss. [43, 17] — steht nach Ablauf eines Jahres die exceptio temporis entgegen. Auf diese Klagen bezogen sich ursprünglich die Edictsworte: neque pluris quam quanti res erit, intra annum [= neque post annum] agere permittam Note i. Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XI S. 359. 360. Jhering, Geist 4, (1865) S. 30 Note 10 bestreitet die Behauptung Savigny's (Recht des Bes. §. 38), daß für die vergangene Zeit Schadensersatz geleistet werden müsse deshalb, weil die L. 3 §. 11 D. cit. „lediglich von dem quanti interest possessionem retinere, d. h. dem Interesse des gegenwärtigen Besitzes spricht“. Er hätte aber statt retinere vielmehr possessionem unterstreichen müssen, denn die Gegensätze sind nicht gegenwärtiger und vergangener Besitz (welche beide restituirt oder ästimirt werden müssen), sondern Besitz und Eigenthum, worauf Servius die Worte irrthümlich beziehen wollte, indem er possessio für die Besitzung — L. 78 D. de V. S. (50, 16) — nahm. R.)

wurde ganz eben so behandelt, wie das interdictum uti possidetis. [q])

Wir haben gesehen, daß, wenn dem Besitzer der Besitz durch Gewalt oder heimlich entzogen worden ist, oder wenn er ihn durch Precarium weggegeben hat, er innerhalb eines Jahrs ihn durch das interdictum retinendae possessionis sich wieder verschaffen kann. Nun finden wir aber noch eine besondere Reihe von Interdicten, die von vorn herein diesen Zweck haben, und daher interdicta recuperandae possessionis genannt werden: das interdictum de vi, de clandestina possessione, de precario. Worin lag die Veranlassung, diese Interdicte neben jenen zu proponiren, und waren sie nicht überflüssig, zumal da auch sie (eines ausgenommen) auf ein Jahr beschränkt sind? Ihr besonderer Nutzen beruht theils auf einem ihnen allen gemeinschaftlichen Umstand, theils auf solchen, die einzelnen von ihnen eigenthümlich sind. Von diesen letzteren nachher. Jener allgemeine aber besteht darin, daß die Wirksamkeit des interdictum retinendae possessionis im Fall einer gewaltsamen &c. Besitzentziehung davon abhängt, daß der Beklagte die Sache noch besitzt, während, auch wenn er den Besitz jetzt nicht mehr hat, mit dem interdictum recuperandae possessionis die Restitution (dem Werth nach) von ihm gefordert werden kann.

Das interdictum de vi (oder unde vi) ist dem bestimmt, welcher des Besitzes eines Grundstücks gewaltsam entsetzt worden ist. [r])
Es geht gegen den, welcher den Besitzer durch eine unmittelbar gegen

---

q) §. 4 I. de interd. (4, 15), L. 1 §. 1 D. utrubi (43, 31). Die letzte Stelle ist sichtlich interpolirt.

r) Aus Cicero pro Caec. 19. 30. 31. 32, pro Tullio 44 (vgl. Gai. IV. 154 ergiebt sich folgende Fassung im prätorischen Edict: unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua, aut procurator tuus deiecit, quam ille nec vi, nec clam, nec precario a te possideret, eo illum restituas. In L. 1 pr. D. de vi et de vi armata (43, 16) lautet es so: unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo. Nach intra annum oder vor tantummodo sind die Worte quanti ea res erit ausgefallen. Vgl. Savigny, System V Beil. XII. 4. (Schmidt, Interdictenverfahren [1853] S. 257, welcher darauf aufmerksam macht, daß diese Edictsstelle von den Kompilatoren verändert ist. Eine andere Formel lautet: unde de dolo malo tuo ille aut familia aut procurator eius vi detrusus est rel. Ueber die Gründe dieser Verschiedenheiten vgl. Keller, sem. ii. 2. p. 304. III [1851] p. 619. R.)

die Person gerichtete Gewalt (atrox vis) den Besitz entzogen hat, mag dieses Resultat durch wirkliche Anwendung der Gewalt erreicht worden, oder der Besitzer von der wirklichen Anwendung gewichen sein.[s]) Die Anwendung der Waffen hat zur Folge, daß der Dejicirte das Interdict hat, auch wenn er vitiose von dem Beklagten besessen hatte, das Interdict heißt dann de vi armata; nach justinianischem Recht fällt die exceptio vitiosae possessionis ab adversario auch bei der gewöhnlichen Gewalt weg, so daß zwischen dem interdictum de vi und de vi armata kein Unterschied mehr ist.[t]) Ob der Dejicient jetzt noch besitzt, ist gleichgültig,[u]) und nicht bloß der Besitz des Grundstücks muß von ihm restituirt, sondern auch die beweglichen Sachen, die sich darauf zur Zeit der Dejection befanden,[v]) können gefordert werden, wie auch die Früchte, nicht wie bei den andern Interdicten von der Zeit des Proceßanfangs, sondern von der Zeit der Dejection an.[w]) Nach einem Jahr giebt der Prätor noch eine actio in factum auf das, was an den Beklagten durch seine Gewaltthat gekommen ist, und diese Klage ist es auch, die gegen die Erben des Dejicienten angestellt werden kann.[x]) In jenem beträchtlichen Umfang dessen, was mit diesem Interdict zu erlangen ist, liegt denn auch der besondere Vortheil, den es vor dem interdictum uti possidetis voraus hat; die Beschränktheit des letzteren vermochte den Prätor, als gewaltsame Entsetzungen häufiger wurden, neben ihm das selbstständige interdictum recuperandae possessionis einzuführen.[y]) Bei der vis armata kommt noch hinzu, daß dem

s) L. 1 §. 29 D. de vi (43, 16).

t) Der Zusatz quum ille nec vi etc. possideret (Note r) wurde daher bei dem interdictum de vi armata nicht gemacht (Cic. pro Caec. 31, der dieß so zu wenden sucht, als wenn bei diesem Interdict gar nicht einmal Besitz des Dejicirten erforderlich sei, ohne Zweifel, weil dieß der schwache Punkt in der Sache seines Clienten war); in der Formel der Pandekten (Note r) ist er auch für das gewöhnliche interdictum de vi weggelassen. Vgl. §. 6 I. de interd. (4, 15.)

u) L. 1 §. 42, L. 15 D. de vi (43, 16).

v) L. 1 §. 33 sqq. D. eod.

w) L. 1 §. 40 D. eod.

x) L. 1 §. 48, L. 3 D. eod.

y) Die größere Beschränktheit des interdictum retinendae possessionis machte sich besonders fühlbar bei unbeweglichen Sachen, wo durch die Dejection gewöhnlich noch manches andere mit verloren gieng, daher wurde das interdictum de vi nur bei diesen gegeben, L. 1 §. 6 D. de vi (43, 16).

Dejicirten die Fehlerhaftigkeit seines eigenen Besitzes nicht schaden sollte, wie es bei dem interdictum uti possidetis der Fall gewesen wäre; vielleicht ist das Interdict zuerst für diesen Fall eingeführt, und dann erst auf die gewöhnliche vis ausgedehnt worden.

Das interdictum de clandestina possessione, wegen heimlicher Entziehung des Besitzes,[z] wird nur in einer einzigen Stelle erwähnt,[aa] über den Anlaß seiner Entstehung läßt sich daher nichts ermitteln.

Das interdictum de precario ist bestimmt, dem, welcher durch ein Precarium aus dem Besitz einer unbeweglichen oder beweglichen Sache gekommen ist, indem er einen Andern auf Widerruf besitzen läßt, denselben wieder zu verschaffen.[bb] Der Beklagte ist der, welcher die Sache precario habet, d. h. als eine, deren Besitz nur auf jene Weise überlassen ist, also mit dem Bewußtsein der factischen Uebereinstimmung zwischen ihm und dem früheren Besitzer, auf welcher sein Besitz beruht. Daher behaupteten Manche, es gehe nicht gegen den Erben des Empfängers,[cc] Andere dagegen sahen über diese Consequenz hinweg.[dd] Ob der Beklagte selbst um die Ueberlassung der Sache gebeten hat, ist gleichgültig,[ee] ja das Precarium läßt sich ohne alle ausdrückliche rogatio denken, es kann auf einem stillschweigenden Uebereinkommen beruhen.[ff] Dieses Interdict ist vielleicht das älteste interdictum recuperandae possessionis. Die Veranlassung, einem Andern etwas ohne Präjudiz für unsere Rechte zu gestatten, mit dem Vorbehalt beliebiger Zurücknahme der Erlaubniß, tritt häufig ein. Einer der gewöhnlichsten Fälle war bei den Römern der, daß der Gläubiger dem Schuldner

---

z) Ueber den Begriff des clam possidere s. L. 6 pr. 40 §. 2 D. de adqu. poss. (41, 2.)

aa) L. 7 §. 5 D. comm. div. (16, 3.) Ob Cicero agrar. III. 3 ein besonderes interdictum recuperandae possessionis wegen Clandestinität meint, steht dahin.

bb) „Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas", L. 2 pr. D. de precario (43, 26). Daß es ursprünglich auf Grundstücke beschränkt war, läßt sich aus der Beschreibung des Precariums bei Isid. orig. V. 25, 17 nicht schließen.

cc) Paul. V. 6, 12. Papin. L. 11 D. de div. temp. praescr. (44, 3. Celsus L. 12 §. 1 D. de precar. (43, 26.)

dd) Ulpian. L. 8 §. 8 D. eod. Diocl. L. 2 C. eod. (8, 9.)

ee) L. 4 §. 2—4 D. eod.

ff) Paul. V, 6, 11

das Pfand zum Besitz und Genuß überließ (§. 247). Ein Rechtsgeschäft war das Precarium nicht,[gg]) verweigerte der Empfänger die Rückgabe, so wurde der Besitzstreit gegen ihn erhoben, das interdictum retinendae possessionis war aber namentlich hier ungenügend, es hätte innerhalb eines Jahres von der Verleihung an gerechnet angestellt werden müssen, das war der Regel nach für beide Theile inconvenient. Darum proponirte der Prätor dieses Interdict, das er eben darum, wodurch es sich von den übrigen unterscheidet, von der Beschränkung auf ein Jahr befreite.[hh]) Als sich später die s. g. Innominatcontracte ausgebildet hatten, stellte man das Precarium unter die Rechtsgeschäfte, und gestattete die actio praescriptis verbis,[ii]) das Interdict als das herkömmliche Rechtsmittel blieb daneben bestehen, obwohl es nun aufhörte, ein dringendes Bedürfniß zu sein.

Durch alle diese Interdicte wird der Besitz geschützt, und zwar der Besitz selbst, in seiner unmittelbaren Gestalt als factische Gewalt über eine Sache. Dadurch hat er eine rechtliche Existenz erhalten, die sich lediglich mit diesem Factum verknüpft. Diese reine Aufnahme des Besitzes unter die rechtlichen Zustände wird auch nicht dadurch getrübt, daß die rechtmäßige oder unrechtmäßige Entstehung des Besitzes einen Einfluß auf seinen Schutz hat. Die iniusta possessio, d. h. der Besitz, der vi oder clam oder precario erworben ist, wird allerdings nicht gegen den geschützt, von dem er durch eines dieser drei vitia possessionis an den Besitzer gelangte, aber abgesehen davon giebt die iniusta possessio denselben Anspruch auf Schutz wie die iusta.[kk]) Die Interdicte entspringen aus der possessio, gleichviel ob sie iusta oder iniusta ist, nur wenn zwei Besitzer gegen einander auftreten (ein ehemaliger und ein gegenwärtiger),

---

gg) Die Ueberlassung verlor diesen Charakter, wenn die Rückgabe durch eine Stipulation versichert ward, L. 5 §. 3 D. de precario (43, 26.)

hh) L. 8 §. 7 D. eod.

ii) Iulian. L. 19 §. 2 D. eod. Ulpian. L. 2 §. 2 eod. Paul. V. 6, 10. Von dieser Zeit an machte sich vielleicht die Ansicht geltend, daß das Interdict auch gegen die Erben stattfinden müsse, obwohl es noch immer Juristen gab, die gegen die Erben ausschließlich auf die actio verwiesen, Note cc.

kk) L. 2 D. uti poss. (43, 17): iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert, qualiscunque enim possessor est, plus iuris habet quam ille, qui non possidet.

von denen der eine von dem andern vitiose besitzt, wird jener nicht geschützt gegen diesen.[ll])

So hat sich das, was oben als bloße Möglichkeit aufgestellt worden ist, um unter dieser Voraussetzung die rechtliche Natur des Besitzes zu bestimmen, es hat sich die Behandlung des Besitzes als ein Recht, als wirkliche Thatsache ergeben, von welcher aus dem Begriff, der Erwerbung, dem Verlust des Besitzes ein unmittelbar rechtliches Interesse zukommt.

Juristischer Besitz.

CCXXVI. Der Besitz, als die factische Gewalt über eine Sache, enthält zwei Momente: 1) einen körperlichen Zustand, das körperliche Verhältniß zur Sache, welches jene Gewalt, also die Möglichkeit gewährt, über die Sache factisch vollkommen zu verfügen; 2) den auf die Sache gerichteten Willen; einem Bewußtlosen können wir keine Gewalt zuschreiben, auch wenn das körperliche Verhältniß zur Sache existirte, der Schlafende z. B., dem etwas zugesteckt wird, besitzt nicht, bis er davon Kenntniß erhält, und die Sache haben will. Diese beiden Elemente des Besitzes werden von den römischen Juristen mit den Ausdrücken corpus und animus bezeichnet, der animus auch als affectio tenendi oder possidendi.[a])

Das Corpus kann insofern verschieden sein, als verschiedene körperliche Zustände, die uns in jene Lage versetzen, sich denken lassen, es kann darin bestehen, daß ich die Sache in der Hand halte, bei mir trage, daß ich sie unter meinem Verschluß habe, daß ich das Grundstück betrete u. s. f. Aber dieß sind nur verschiedene Formen desselben Zustands, im wesentlichen ist das Corpus, d. h. jenes Verhältniß physischer Gewalt, immer dasselbe. In Beziehung auf dieses erste Moment giebt es nicht verschiedene Arten des Besitzes.

Dagegen kann die factische Gewalt selbst einen verschiedenen Charakter annehmen nach der Verschiedenheit des animus, mit wel-

---

ll) L. 1 §. 9 D. eod.: — ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere, has enim possessiones non debere proficere palam est.

a) L. 3 §. 1 D. de adquir. poss. (41, 2): — adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore —. L. 1 §. 3, L. 3 §. 3, L. 41 eod.

chem ich eine Sache habe, des factischen Willens, der zu jedem Besitz gehört.

Zuerst bietet sich uns der Fall dar, daß der Wille des Besitzers dem körperlichen Verhältniß vollkommen entspricht. Dieses ergreift stets die Totalität der Sache, es besteht in ihrer vollständigen Unterwerfung, indem es die Möglichkeit gewährt, über sie beliebig mit Ausschließung Anderer davon zu verfügen. Der Wille entspricht ihr, wenn er auf diese totale Macht über die Sache, wenn er darauf gerichtet ist, die Sache völlig für sich zu haben. Es ist der auf die volle Herrschaft über die Sache gerichtete Wille, er läßt sich daher mit dem eines Eigenthümers vergleichen, und darum wird er von Theophilus sehr passend ψυχὴ δεσπόζοντος genannt.[b]) Diese Bezeichnung wird von unsern Juristen in dem Ausdruck animus domini für jenen totalen Willen nachgeahmt, nicht unpassend, nur darf man dabei weder an die Meinung, noch an den Willen, Eigenthümer zu sein denken, noch selbst an den Willen, als Eigenthümer zu gelten, denn es ist möglich, daß ich mit jenem Willen besitze, ohne irgend einen rechtlichen Grund (also auch nicht den, daß ich Eigenthümer sei) dafür anzugeben; mit andern Worten: der Wille, von dem wir hier reden, ist auf die totale factische Herrschaft gerichtet, nicht nothwendig auf die totale rechtliche (das Eigenthum). Soll also der Ausdruck animus domini, um eine kurze Bezeichnung des Begriffs zu haben, zuläßig sein, so muß man sich darunter lediglich den auf die factische Gewalt gerichteten Willen vorstellen, wie ihn ein Eigenthümer, wenn er seine Sache besitzt, haben wird, also den factischen (nicht den auf das Eigenthum gerichteten) Willen eines Eigenthümers. Nur in diesem Sinn können wir z. B. dem Dieb den animus domini zuschreiben, nicht in dem Sinn, daß er der auf das Eigenthum gerichtete Wille wäre, denn diesen kann der Dieb nicht haben, wenn er nicht verrückt ist.

---

b) Theophil. paraphr. instit. II. 9, 4. III. 29, 2. In den Ueberresten der alten juristischen Literatur finden wir keinen entsprechenden Ausdruck für diesen Willen, denn animus possidendi, affectio tenendi etc. sind Worte, welche die Richtung des Willens auf die factische Unterwerfung der Sache überhaupt bezeichnen (Note a). Doch enthält der Ausdruck *habere* possidere L. 49 §. 1 D. de adquir. poss. (41, 2), vgl. L. 188 pr. D. de V. S. (50, 16) eine Hindeutung darauf. Es ist übrigens nicht wahrscheinlich, daß Theophilus von selbst auf jenen Ausdruck gekommen ist.

Es läßt sich aber auch denken, daß jemand eine Sache ohne diesen totalen Willen besitzt, daß seine Absicht nicht auf eine so vollständige Zueignung der Sache geht, sein Wille also hinter der Totalität des körperlichen Verhältnisses zurückbleibt. Dieß ist der Fall, wenn jemand die Sache nur für einen beschränkten, partiellen Zweck besitzt. Der partielle Gebrauch indessen reicht allein nicht hin, um diese Beschränkung des Animus erkennbar zu machen, denn auch bei einem totalen Willen kann der Besitzer willkührlich sich für jetzt auf eine partielle Verfügung über die Sache beschränken, wie ja auch der Eigenthümer nicht allein alle Seiten, welche die Sache der Benutzung anbietet, wirklich und factisch in Anspruch nimmt. Jene Beschränkung des Willens wird sich nur dann mit Sicherheit darstellen, wenn die Lücke, die sie läßt, von dem Willen eines Andern eingenommen wird, durch dessen Existenz der Wille des Erstern begränzt ist. Der Besitz ohne den totalen Willen wird dann anzunehmen sein, wenn der Besitzer den Besitz mit dem animus domini bei einem Andern anerkennt, dessen Besitz er nur für gewisse besondere Zwecke ausübt, so daß er alieno nomine besitzt. Auf diese Weise besitzt der Procurator, der vermöge Auftrags einen fremden Besitz ausübt, der Pächter, der den ihm eingeräumten Besitz zum Zweck der ihm überlassenen Benutzung im Namen des Verpächters hat, der Usufructuar, der eben so den Eigenthümer als totalen Besitzer der Sache anerkennt, der Commodatar, der Depositar u. s. f.

So haben wir zwei Arten des Besitzes zu unterscheiden: 1) den Besitz mit dem animus domini; 2) den Besitz mit einem beschränkten animus, ein solcher ist stets der Besitz in fremdem Namen.

Sehen wir nun von hier aus zurück auf den Schutz des Besitzes durch die possessorischen Interdicte (§. 225), wodurch der Besitz als ein Recht anerkannt wird, so finden wir, daß dieser Schutz und diese Eigenschaft nicht jedem Besitz, sondern nur dem Besitz mit dem animus domini zukommt.[c]) Und in der That, sagen die römischen

c) Für diesen Satz brauchen einzelne Stellen nicht angeführt zu werden, er ist in den Titeln, die von dem Besitz und den possessorischen Interdicten handeln, in vielfältigen Anwendungen ausgesprochen. Für Ein Interdict, das interdictum de vi, längnen ihn einige unsrer Juristen, indem sie es auch dem

Juristen, ist nur dieser Besitz eigentlich possessio zu nennen, wer in fremdem Namen besitzt, besitzt eigentlich nicht, da er nur einen fremden Besitz ausübt, und unterstützt.[d]) Auch die Ableitung des Besitzrechts aus dem Recht der Persönlichkeit führt uns auf dasselbe Resultat. Es ist die Persönlichkeit des Besitzers, die einen Schutz auch des factischen, in der Thatsache des Besitzes sich verkörpernden Willens erheischt, aber doch nur, wenn der Wille das körperliche Verhältniß deckt, also dieselbe Totalität hat, wie dieses. Wer eine Sache ohne den animus domini innehat, dessen Wille füllt den Körper des Besitzes nicht aus, und giebt ihm daher auch für sich keinen rechtlichen Gehalt.

Dieser Besitz mit dem animus domini also ist es, der ein Recht ist, wir nennen ihn daher den juristischen Besitz, oder von dem Schutz, durch den er dieses ist, den Interdictenbesitz; die Römer, wie bemerkt, nennen ihn schlechtweg possessio. Den Besitz dagegen, der keinen Anspruch auf die Interdicte giebt, und der denn auch nur das körperliche Verhältniß mit jenem gemein hat, das Innehaben der Sache, nennen wir natürlichen Besitz, bloße Detention. Die Römer gebrauchen dafür die Ausdrücke: tenere, corporaliter tenere, in possessione esse,[e]) auch naturalis possessio, insofern mit dem Wort naturalis der Sinn von corporalis, die Hindeutung auf das körperliche Verhältniß sich verbindet, welches auch bei der Detention ebenso wie bei der possessio sich findet.[f])

Wir sind bisher, auch mit der Aufstellung eines juristischen Besitzes in der Thatsache des Besitzes selbst noch nicht über das rein Factische hinausgegangen. Der juristische Besitz hat rechtliche Wirkungen, die Interdicte, aber seine Elemente sind etwas rein Factisches, auch von dem animus domini, der ihn von dem natürlichen Besitz unterscheidet, gilt dieß. Der besitzende Dieb hat diesen animus ebenso gut als der besitzende Eigenthümer. Dieß läßt sich auch so ausdrücken: der juristische Besitz, das Recht des Besitzes, ist un-

Besitzer in fremdem Namen geben wollen; dieß ist ein entschiedener Irrthum. Vgl. darüber Savigny, R. des B. S. 175 ff. 510 ff.

d) L. 18 pr. D. de adquir. poss. (41, 2): — nec idem est possidere et alieno nomine possidere; nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

e) L. 10 §. 1, L. 24. 49 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2), L. 9 D. de R. V. (6, 1.)

f) L. 3 §. 3 D. de adqu. poss. (41, 2.)

abhängig von dem Recht zu besitzen, d. h. dem den Inhalt eines andern Rechts (z. B. des Eigenthums, einer Forderung ꝛc.) bildenden rechtlichen Anspruch, den Besitz zu haben (wenn man wirklich schon besitzt) oder ihn zu bekommen (wo also das Recht zu besitzen von dem Recht des Besitzes getrennt ist). Man hat die possessorischen Interdicte nicht, weil man das Recht hat zu besitzen (wie dieß bei den interdicta adipiscendae possessionis der Fall ist, welche eben darum nicht possessionis, sondern proprietatis causam haben), sondern weil man besitzt. g) Ob mit einem vorhandenen Besitz auch das Recht zu besitzen sich verbindet, das hängt von der causa possessionis ab, dem rechtlichen Grund, auf dem der animus possidendi, bei dem juristischen Besitz also der animus domini beruht. Diese causa (der Titel des Besitzes, wie sie auch heißt) wird mit: pro — bezeichnet: wer als Grund seines Besitzes das Eigenthum angiebt, also eine Eigenthumserwerbsart anführt, der zu Folge er dann auch in den Besitz gekommen sei, besitzt pro suo, und wenn diese Eigenthumserwerbung auf einem besonderen Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß, z. B. Kauf, Schenkung, Legat, Dos, Erbrecht, beruht, wird dieses genannt: Besitz pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede. Ist der angeblichen Eigenthumserwerbung kein solches Rechtsverhältniß vorausgegangen, wie dieß z. B. bei der Occupation einer herrenlosen Sache der Fall ist, so wird bloß jener allgemeine Ausdruck: possessio pro suo gebraucht. h) Den Mangel einer solchen Causa bezeichnen die Römer in derselben Form, indem sie sagen: der Besitzer besitzt, weil er besitzt, pro possessore possidet. i) Die causa possessionis ist eine rechtliche Thatsache, und ihre Bestimmung hängt daher nicht von dem Willen des Besitzers ab, so daß also, wer z. B. pro donato besitzt, sich nicht nach Gefallen eine andere Causa, die ihm vielleicht vortheilhafter wäre, wählen kann: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, nämlich ohne daß wirklich eine neue

g) Daher: in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat — L. 3 §. 5 D. de adquir. poss. (41, 2), vgl. §. 225 Note kk.

h) L. 1. 2 D. pro suo (41, 10), L. 3 §. 21 D. de adqu. poss. (41, 2.)

i) Pro possessore possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo, — nec ullam causam possessionis possit dicere, wie der Dieb und Räuber, L. 11 §. 1, L. 12. 13 pr. D. de H. P. (5, 3.)

rechtliche Thatsache eintritt, wie dieß z. B. der Fall wäre, wenn er die ihm (vielleicht unwirksam) geschenkte Sache nachher wirklich kaufte. [k])

Die causa possessionis ist kein Element des Interdictenbesitzes (Note g); daß es für billig gefunden worden ist, den iniustus possessor gegenüber dem, von welchem er iniuste besitzt, nicht als Besitzer gelten zu lassen, macht keine Ausnahme, denn es liegt darin keineswegs die Forderung, daß er (auch nur in diesem relativen Verhältniß) eine iusta causa haben müsse. Dagegen bildet sie ein wichtiges Moment bei einer andern Wirkung des Besitzes, der nämlich, daß er durch seine Fortsetzung eine bestimmte Zeit hindurch zum Eigenthum an der besessenen Sache führt: der Usucapion (§. 239). Die possessio ad usucapionem hat außer den Erfordernissen des Interdictenbesitzes noch das, daß sie eine possessio pro suo sein, daß sie mit einer iusta causa (iustus titulus) und der Ueberzeugung, Eigenthümer dadurch geworden zu sein (bona fides), angefangen haben muß, überdieß an einer usucapionsfähigen Sache. Der Usucapionsbesitzer hat natürlich auch die possessorischen Interdicte, aber nicht als Usucapionsbesitzer, sondern als possessor schlechtweg. Dagegen hat er als Usucapionsbesitzer ein anderes Rechtsmittel, die publiciana in rem actio, in der er als Eigenthümer fingirt wird (§. 233). Dieser Besitz tritt durch seine rechtliche Begründung und durch seine Wirkung aus der Sphäre des reinen Besitzes heraus an die Seite des Eigenthums; in seiner Function als Grund jener Klage können wir ihn sogar selbst eine Art von Eigenthum nennen.[l])

---

k) L. 3 §. 19, L. 19 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2), L. 33 §. 1 D. de usurp. (41, 3.)

l) Bei den Römern kommt der Ausdruck possessio civilis, civiliter (oder iure civili) possidere für eine Art des Besitzes vor. (Nicht immer übrigens soll das Wort eine Art des Besitzes bezeichnen; so heiß iure civili non possidere, civiliter possidere non posse in L. 38 §. 7 D. de V. O. (45, 1) eine Ausschließung des Besitzes aus Gründen, die im ius civile liegen.) Nach dem sonstigen Sprachgebrauch der Römer (wie z. B. civilis obligatio, civilis cognatio) kann es kaum zweifelhaft sein, daß darunter ein civilrechtlich wirksamer, also gerade der Usucapionsbesitz verstanden wird. Dieß wird denn auch durch einige unzweideutige Anwendungen bestätigt. So wird von der vom Mann beschenkten Ehefrau gesagt, sie besitze nicht iure civili, L. 26 pr. D. de don. inter vir. (24, 1), sie hat nämlich keinen Usucapionsbesitz, weil die Schenkung ungültig ist, L. 1 §. 2 D. pro don. (41, 6), während sie den Interdictenbesitz hat, L. 1 §. 4 D. de adqu. poss. (41, 2), L. 1 §. 9. 10 D. de vi (43, 16). Vgl.

CCXXVII. Ueber den Ursprung des juristischen Besitzes und seines Schutzes hat Niebuhr die Vermuthung aufgestellt, er sei in den Verhältnissen bei dem ager publicus zu suchen. [a]) Diese Staatsländereien wurden größtentheils einzelnen Bürgern zu Genuß und Besitz überlassen, so daß der Staat Eigenthümer blieb, und von den possessores eine Abgabe erhielt, solche Ländereien wurden daher selbst possessiones genannt. [b]) Die Form der Ueberlassung war in der ältesten Zeit, als noch die Patricier ausschließlich zu diesem Genuß berechtigt waren, die Occupatio auf Concession des Staats, später pflegten ihn die Censoren durch locatio zu vergeben. Diese possessores seien, glaubt man, durch die possessorischen Interdicte geschützt worden, von dieser ursprünglichen Anwendung aus seien sie dann später auf Privatgrundstücke, ja zum Theil sogar auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden. Diese Hypothese beruht auf keinem andern Grund als dem Wort possessio; jener Besitz am ager publicus, und der Besitz, für den die Anwendung der possesso-

Savigny, R. des B. §. 7. 10. Die früher gewöhnliche Meinung war: das Beiwort civilis gehe auf die Interdicte, also sei Civilbesitz jeder einfache Interdictenbesitz. Von dieser Meinung können sich noch bis auf den heutigen Tag manche Juristen nicht trennen (gegen einen neueren Versuch ihrer Begründung s. Puchta, de civili possessione disp. 1839). Es fehlt auch nicht an Solchen, die beides für richtig halten, indem sie glauben, zuweilen wenigstens heiße schon der einfache Interdictenbesitz civilis possessio. Dieß soll hervorgehen aus L. 2 §. 1 D. pro herede (41, 5), wo gesagt wird, die Regel, causam possessionis neminem sibi mutare posse, gehe (in Beziehung auf die usucapio pro herede) nicht bloß auf die civilis, sondern auch auf die naturalis possessio. Unter der letzten versteht der Jurist hier die Detention, also, glaubt man, versteht er unter der ersten ihren reinen Gegensatz: die possessio schlechtweg, den Interdictenbesitz. Dieß ist nicht richtig. Der Jurist sieht hier von dem reinen Interdictenbesitz ganz ab, weil er von der causa possessionis spricht, diese aber bei der reinen possessio nicht in Frage kommt. Daraus erklärt sich auch umgekehrt, warum hier unter naturalis possessio im Gegensatz zur civilis bloß die Detention gemeint ist, während sonst naturalis in diesem Gegensatz alles bedeutet, was nicht civilis ist, also auch den reinen Interdictenbesitz. Dieser heißt eben, insofern er kein Civilbesitz ist und also diesem gegenüber gestellt wird, naturalis possessio.

a) Niebuhr, röm. Gesch. II. 2. Ausg. S. 161 ff. Weiter ausgebildet haben diese Hypothese, in verschiedener Richtung, Savigny, R. des B. §. 12 a, und Huschke, über die Stelle des Varro rc. Zugabe über Festus v. possessiones und possessio S. 75 ff.

b) Festus v. possessiones. Auf diesen vulgären Sprachgebrauch bezieht sich die Definition des Gallus Aelius: possessio est usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager, Festus v. possessio.

rischen Interdicte allein beglaubigt ist, sind so wesentlich verschiedene Dinge, als sie nur bei dem gemeinschaftlichen Merkmal: Verhältniß zu Sachen, das nicht Eigenthum ist, — sein können. Jener Besitz beruht auf einem rechtmäßigen Grund, der Verleihung durch den Staat, dieser, der Interdictenbesitz ist von der causa unabhängig. Nirgends kommt denn auch eine Hindeutung auf Zusammenhang der possessorischen Interdicte mit dem Ager publicus vor, dagegen finden wir für diesen ein ganz anderes Interdict, kein possessorisches, welches zum Schutz seines Besitzers eingeführt ist, das interdictum de loco publico fruendo.[c] Dieß reicht allein schon hin, jene Hypothese unhaltbar zu machen.

Die Frage nach dem historischen Ursprung des Besitzrechts kann nur den Sinn haben: welches war die Veranlassung, daß in dem römischen Bewußtsein die Anforderung der Persönlichkeit, schon den factischen Willen der Rechtsfähigen, der sich in der Unterwerfung einer Sache manifestirt, unabhängig vom Eigenthum und selbstständig gegen dasselbe eine Anerkennung finden zu lassen, zum Durchbruch kam? Es handelt sich dabei also nicht um die Fälle, wo der Besitz ein Ersatz des bei gewissen Sachen oder für gewisse Personen unstatthaften quiritischen Rechts war, also nicht von der possessio am ager publicus, und von dem Eigenthumsbesitz der Peregrinen; es müssen Fälle sein, wo auch das Eigenthum möglich ist, denn nur unter dieser Voraussetzung kann von einer Selbstständigkeit des Besitzes gegenüber demselben die Rede sein. Ferner nicht um den Usucapionsbesitz handelt es sich, denn dieser ist kein rein factischer Zustand und steht daher mit dem Eigenthum als ein wesentlich verschiedenes Verhältniß gegenüber, er schließt sich ihm vielmehr an. Zu einem Schutz aber des reinen Besitzes gab es eine Veranlassung, die bis in die ältesten Zeiten, von denen wir Kunde haben, hinaufreicht, die Entscheidung über die Parteirolle und über den Besitz bis zu entschiedener Sache bei dem Eigenthumsstreit. Hier trat der Besitz gegenüber dem noch unentschiedenen Eigenthum als etwas selbstständiges in das Bewußtsein, von hier aus bildeten

c „Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit, sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto", L. 1 pr. D. de loco publ. fr. (43, 9.) (Lex Iulia municipalis: Tabul. Heracl. lin. 73. 76. R.)

sich später die interdicta retinendae possessionis, aus denen dann auch die interdicta recuperandae possessionis hervorgiengen, mit den besonderen Veranlassungen, die oben erwähnt worden sind (§. 225). Dieß ist der natürliche Ausgangspunkt, von welchem aus das ganze Recht des Besitzes in gleichmäßigem Wachsthum und ohne Sprünge sich entfalten konnte, warum sollten wir einen andern suchen? die ganze Besitztheorie hält sich in natürlichen Anschauungen, warum sollten wir uns nach einer künstlichen Geschichte für sie umthun? [d])

Erwerb und Verlust des Besitzes.

CCXXVIII. Der Erwerb des Besitzes besteht in der Hervorbringung der beiden Elemente, die ihn bilden: des corpus und des animus (§. 226 a. A.) in einer Person. Der Besitz ist erworben, wenn die Person in das körperliche Verhältniß zur Sache gekommen, und auch ihr Wille auf den Besitz gerichtet ist (§. 226 Note a). Die Erwerbung fordert

1) von Seiten des corpus die gegenwärtige Möglichkeit ausschließlicher Einwirkung auf die Sache, denn dieß ist das körperliche Verhältniß, das die natürliche Gewalt über die Sache bringt. Diese Möglichkeit kann durch verschiedene körperliche Zustände vermittelt werden, es kommt nur auf jenes Resultat an, die Mittel, zu demselben zu gelangen, sind für den Besitzerwerb gleichgültig. Als näch-

---

d) (Eine vermittelnde Meinung ist von Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XI Num. 12 S. 338 aufgestellt worden: 1) die possessorischen Interdicte wurden auch angewendet auf die Possessio am Ager publicus, Cic. agr. III, 2. 3; 2) das Int. de loco publico fruendo bezog sich nach L. 1 §. 1 D. de loco publ. fr. [43, 9], vgl. §. 245 Note l und m, auf das Vectigal, dessen Genuß die Censoren an Publicanensocietäten verpachteten, so daß hier zweierlei Interdicte neben einander bestanden: eins auf frui licere e lege locationis für die decumani, daneben die possessorischen für die aratores; 3) das Interdict mittite ambo hominem bei den Vindicien ist von den Interdicten gegen Thätlichkeiten — Cic. Caec. 12. praetor — aut vim *fieri* vetat, aut restitui *factam* iubet. Festus: Vindiciae appellantur — quod potius *dicitur* vis quam *fit* — zu unterscheiden; 4) die Interdicte sind demnach als absolute, vermöge des Imperium erlassene Verbote der Gewalt gegenüber der Ausübung des Eigenthums aufzufassen und ihr Gebrauch bei dem Staatseigenthum, sowie der zufällige vor der Vindication [L. 1 §. 3 D. uti poss. 43, 17] nicht als Ausgangspunkte, sondern nur als besonders hervorragende Anwendungen zu behandeln. R.)

stes Mittel bietet sich dar: bei Grundstücken das Betreten, bei beweglichen Sachen das Ergreifen mit der Hand,[a]) aber diese körperliche Berührung ist nicht nothwendig, da sie nicht das ausschließliche Mittel ist, die körperliche Gewalt zu erlangen.[b]) Die Sache kann in meine Gewalt kommen, ohne daß ich sie berühre, so dadurch, daß sie unter meiner Obhut ist, z. B. unter meinem Verschluß, in meinem Haus, oder ich befinde mich ihr zur Seite, und dadurch in der Lage, fremde Einwirkung abzuhalten. Daher, wenn ich eine Sache, die mir übergeben werden soll, in mein Haus bringen heiße, bin ich in dem Augenblick des Vollzugs dieser Weisung Besitzer geworden, ebenso wenn mir der Schlüssel zu dem Behältniß der Sache überliefert wird, vorausgesetzt, daß dieß bei dem Behältniß geschieht, denn außerdem würde der bloße Besitz des Schlüssels einen Andern nicht verhindern, mir durch Erbrechung &c. des Behältnisses zuvorzukommen, ferner wenn mir das Grundstück von dem bisherigen Besitzer gezeigt wird, mit der Erklärung, daß er den Besitz an mich abtrete, so habe ich den Besitz erworben, ohne es noch betreten zu haben.[c]) Umgekehrt ist die bloße Berührung nicht immer hinreichend, uns in jenes körperliche Verhältniß zu versetzen, z. B. das Betreten eines Grundstücks, das im Besitz eines Andern ist, der mich vielleicht, sowie er mich bemerkt, herauswirft.

Den Act, wodurch das körperliche Verhältniß zur Sache hervorgebracht wird, nennt man Apprehension des Besitzes. Sie kann durch den bisheriger Besitzer vermittelt werden, indem er seinen Besitz aufgiebt und damit die Apprehension des Besitzes durch den Erwerber gestattet und möglich macht; diese Handlung, die von der einen Seite in einer Ueberlassung, von der andern in einer Ergreifung des Besitzes als eines überlassenen besteht, heißt Tradition. Wo die Erwerbung des Besitzes ohne solche Mitwirkung eines bisherigen Besitzers geschieht, heißt sie Occupation. Die Tradition enthält nicht etwa eine Succession in den Besitz, eine solche giebt es nicht, die factische Natur des Besitzes schließt sie aus. Der Besitz des Empfängers ist nicht der des Tradenten, sondern ein neuer, so

---

a) L. 3 §. 1 D. de adquirenda vel amittenda possessione (41, 2).

b) L. 1 §. 21, L. 51 D. eod.

c) L. 18 §. 2 D. eod., L. 74 D. de contr. emt. (18, 1.) Eine auf solche Art ohne körperliche Berührung in Empfang genommene Sache wird in L. 79 D. de solut. (46, 3): quodammodo manu longa tradita genannt.

gut als bei der Occupation. Allerdings liegt eine Succession in der Tradition, aber diese trifft nicht den Besitz selbst, sondern das Recht, welches sein Begleiter sein kann, so das Eigenthum, welches mit dem Besitz übergeht.

2) Von Seiten des animus ist der entschiedene auf die Sache und ihre Aneignung gerichtete Wille erforderlich. Wenn nun dieser animus sich durch die Apprehension gleichsam verkörpert, so ist der Besitz erworben. In der Regel wird der Wille der Apprehension vorhergehen, es ist aber auch das umgekehrte Verhältniß möglich. So wenn jemand die Detention der Sache schon hat, wird der Besitz erworben, sowie der Wille hinzukommt; man kann dieß in einem gewissen Sinn so bezeichnen, es werde solo animo der Besitz erworben.[d]) Nur muß das Hinzutreten des Willens erkennbar sein, was irgend einen äußeren Act, der ihn ausdrückt, voraussetzt; dieser Act kann ein Rechtsgeschäft sein, kraft dessen der Detinirende den animus domini annimmt. Darauf beruht der Besitzerwerb durch das Rechtsgeschäft, welches man brevi manu traditio genannt hat: eine Uebereinkunft zwischen dem bisherigen juristischen und natürlichen Besitzer, nach welcher dieser im Namen jenes zu besitzen aufhören und von nun an in eignem Namen besitzen soll; einer neuen Apprehension bedarf es nicht mehr von Seiten des letzteren, da er das, was er dadurch zu erlangen hätte, die körperliche Macht, schon hat.[e])

Da der Besitz in der Verbindung des corpus und des animus besteht, so muß er verloren werden, sowie eines dieser Elemente wegfällt und dadurch ihre Verbindung zerstört wird. Er kann weder als bloßes corpus, noch als bloßer animus fortdauern, denn keines von beiden ist für sich der Besitz.[f]) Würde indessen zur Fortsetzung des Besitzes die Fortdauer dieser beiden Elemente in der Art gefordert, wie sie bei der Erwerbung gestaltet sein müssen, so wäre eine Dauer des Besitzes unmöglich, wir würden z. B. den Besitz in dem Augenblick verlieren, wo eine Sache uns aus den Gedanken kommt, unser factischer Wille also nicht auf sie gerichtet ist; dadurch würde der Besitz aufhören, ein praktisches Institut zu sein. Darum ist festgesetzt, daß

---

d) L. 3 §. 3 D. de adquir. poss. (41, 2): — solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio —.

e) L. 9 §. 5 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 9 §. 9 D. de reb. cred. (12, 1.)

f) L. 3 §. 6, L. 29. 44 §. 2 D. de adqu. poss. (41, 2.)

zu dem Verlust des Besitzes ein neuer Act gehört, durch den in Beziehung auf corpus oder animus das Gegentheil von dem Zustand eintritt, der in beiderlei Hinsicht beim Erwerb erforderlich ist: corpus oder animus in contrarium actus.[g]) Animo wird der Besitz verloren, nicht schon durch die Nichtexistenz des animus possidendi, daher der Besitzer, welcher wahnsinnig wird, den Besitz behält, sondern durch den Willen, den Besitz aufzugeben, den animus non possidendi, daher ein Wahnsinniger nicht animo den Besitz verlieren kann. Durch diesen animus non possidendi aber geht der Besitz verloren, wenngleich das corpus fortdauert.[h]) So kann dadurch der juristische Besitz in einen natürlichen verwandelt werden, z. B. wenn ich das von mir besessene Grundstück verkaufe, aber in Pacht behalte, wodurch ich den animus domini aufgebe und fortan in fremdem Namen besitze.[i]) Corpore wird der Besitz verloren, nicht schon dadurch, daß die gegenwärtige Möglichkeit auf die Sache einzuwirken wegfällt, also nicht schon durch die Entfernung des Besitzers von der Sache, sondern erst wenn ihm die Möglichkeit der beliebigen Herstellung jenes Zustandes entzogen ist, sei es, indem ein Anderer sich der Sache bemächtigt, oder die Sache selbst sich dem Bereich seiner Gewalt entzogen hat, oder verloren gegangen ist, so daß sie nicht mehr gefunden werden kann.

Solange nicht eines dieser Ereignisse eingetreten ist, wird der Besitz fortgesetzt. Daher ist der Besitz corpore nicht verloren, so lange die Sache noch in unserer Custodia ist, wenn sie gleich vielleicht nicht sofort aufgefunden werden kann, hier dauert das corpus sogar ganz in seiner ursprünglichen Gestalt fort.[k]) An wilden Thieren dauert der Besitz, solange ihre natürliche Freiheit durch eine äußere Anstalt (Gefangenschaft) oder durch eine Einwirkung auf ihre Seele (Zähmung) unterdrückt ist, an gezähmten aus- und einfliegenden

g) L. 8 eod. L. 153 D. de R. I. (50, 17): Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. Daß dieß nicht heißen kann, es müsse beides zugleich weggefallen sein, ist gewiß; es liegt aber auch nicht in den Worten, da dem Zusammenhang gemäß der Nachdruck nicht auf dem utrumque ruht.

h) L. 17 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2.)

i) L. 18 pr. D. eod.

k) L. 3 §. 13 pr. D. eod.

Vögeln und Bienen, solange sie die consuetudo revertendi haben.[l]) Den Besitz von Grundstücken setzen wir auch in der Entfernung von ihnen fort, also gewissermaßen solo animo.[m]) Dieß hat weiter auf den Satz geführt, daß der Besitz eines Grundstücks, weil er animo retinirt wird, auch nicht mit der bloßen Entziehung des corpus durch einen Andern (wodurch der Besitz beweglicher Sachen stets aufgehoben wird) verloren gehen soll, erst die hinzukommende Einwirkung auf das Bewußtsein des Besitzers soll diese Folge haben. Wenn daher ein Anderer des Grundstücks sich bemächtigt, dessen Besitz der Besitzer animo fortsetzt, so hat dieser den Besitz erst verloren, wenn er die fremde Apprehension erfährt und sich außer Stand sieht, den Eindringling zu entfernen.[n])

Der Besitz kann auch durch Repräsentanten fortgesetzt werden, die im Namen des Besitzers die Detention haben: Sclaven, Söhne, Procuratoren u. s. f. Ein Sclave, wie der Herr durch ihn andere Sachen besitzt, weshalb er auch durch einen Diebstahl an dem Herrn diesem den Besitz nicht entzieht, besitzt sie auch gleichsam selbst für den Herrn, daher der Besitz an einem fugitivus servus (anders bei flüchtigen Thieren) fortdauert, bis sich ein Anderer desselben bemächtigt.[o])

Von der Möglichkeit der Fortsetzung des Besitzes durch Stellvertreter, die wohl stets angenommen worden ist, da kein Grund war, diese Anstalt, uns die factische Gewalt zu bewahren, im allgemeinen für weniger wirksam zu achten, als andere z. B. die Custodia durch Verschluß der Sache, — war ein nicht unbedeutender Schritt zu der Möglichkeit, den Besitz durch Repräsentanten zu e r w e r b e n.

Zuerst ist dieser Erwerb angenommen worden durch Sclaven, vorausgesetzt, daß wir sie besitzen, der Besitz an dem Sclaven soll den Besitz an den Sachen, deren der Sclave sich bemächtigt, nach sich ziehen.[p]) Das bloße Recht der Potestas ist also zum Besitz-

---

l) L. 3 §. 14—16 D. eod.

m) L. 3 §. 11 D. eod.

n) L. 25 §. 2, L. 46 D. eod., L. 3 §. 7. 8, L. 6 §. 1, L. 7 eod.

o) L. 1 §. 14, L. 13 pr. 15. 47 D. eod.

p) L. 15. 50 §. 1 D. eod. Durch die Entstehung des Processes über die Freiheit wird Besitz und Erwerb suspendirt, die Beurtheilung dieses provisorischen Zustandes hängt von dem Ausgang des Rechtsstreits ab, L. 25 §. 2 D.

erwerb nicht hinreichend, und consequent müßte es für diesen gleichgültig sein, ob der Besitzer des Sclaven Eigenthümer ist oder nicht. Aber es hat hier der Umstand einen Einfluß gehabt, daß der Besitz ein Recht ist; darum ist jener Besitzerwerb durch den Sclaven unbeschränkt allein dem besitzenden Eigenthümer zuerkannt worden, dem Besitzer eines fremden Sclaven nur, wenn er bonae fidei possessor ist, und auch hier nur, wenn der Sclave entweder mittelst des Vermögens des Besitzers, ex re eius, z. B. durch Kauf mit dessen Geld, oder durch seine eigenen Kräfte, ex operis servi, erwirbt, worauf überhaupt der Erwerb des bonae fidei possessor beschränkt ist.[q] Auf dieselbe Weise ist der Erwerb von Rechten durch den Sclaven für den beschränkt, der den Ususfructus an ihm hat; ob dieser aber in solchen Fällen auch den Besitz durch den Sclaven erwerben könne, war nach dem Princip, von dem dieser Erwerb abhängt, zu verneinen, denn der Usufructuarius hat nicht die possessio des Sclaven.[r] Man gab indessen dem Bedürfniß nach, und ließ den Erwerb des Besitzes zu, um die Vortheile des Nießbrauchs nicht unnöthig zu schmälern.[s]

Personen, die in unserer patria potestas, manus oder mancipium sind, besitzen wir nicht; wir erwerben Rechte durch sie, aber streng genommen nicht den Besitz. Auch hier jedoch ist man über jene Consequenz aus demselben Grund hinausgegangen, am frühsten bei der patria potestas.[t]

Wie es nun endlich auch dazu gekommen ist, daß der Besitzerwerb durch freie Mittelspersonen (die es durch Auftrag oder Amt sind) zugelassen wird, ist schon an einem andern Ort (§. 203) dar-

---

de lib. causa (40, 12), L 3 §. 10 D. de adqu. poss. (41, 2.) S. oben §. 221.

q) Gai. II. 94. §. 4 I. per quas pers. adqu. (2, 9), L. 1 §. 6 D. de adqu. poss. (41, 2), L. 21 pr. D. de adqu. dom. (41, 1.) Dasselbe gilt von dem b. f. possessor eines freien Menschen, s. d. angef. Stellen.

r) Gaius a. a. O. erwähnt diesen Punkt als einen controversen.

s) L. 1 §. 8, L. 49 pr. D. de adqu. poss. (41, 2.) In der letzten Stelle giebt Papinian auch den Grund an: der Usufructuar sei doch wenigstens Detentor des Sclaven (dieser Grund ist nicht entscheidend) und — plurimum ex iure possessio mutuatur, d. i. der Umstand, daß der Besitz ein Recht ist, modificirt auch sonst in einzelnen Punkten die Consequenz aus seiner factischen Natur.

t) Gai. II. 90 erwähnt den Besitzerwerb bei der manus und dem mancipium noch als streitig, bei der potestas (II. 89) stellt er ihn als unzweifelhaft dar.

gestellt worden. Es ist nur übrig, die Art und Weise dieses Erwerbs selbst näher anzugeben; diese aber beruht auf zwei Punkten: auf dem, was von Seiten des Repräsentanten, und dem, was von Seiten des Erwerbers erforderlich ist.

Die körperliche Seite der Besitzerwerbung, die Apprehension, fällt ganz auf die Person des Repräsentanten; indem wir durch Repräsentanten erwerben, erwerben wir corpore alieno den Besitz. Die Apprehension schließt auch einen auf die Sache gerichteten Willen in sich,[u]) aber der Wille des Repräsentanten muß darauf gerichtet sein, dem von ihm Repräsentirten zu erwerben, will er für sich oder für einen Dritten erwerben, so wird jener nicht Besitzer.[v]) Dieß gilt nicht bloß von freien, sondern auch von unfreien Repräsentanten.[w]) Nur schadet bei den letzteren nicht die Absicht, selbst Besitzer zu werden, sofern sie bei ihnen ohne Wirkung ist.[x])

Der Erwerber muß den Willen haben, Besitzer zu werden, in dem animus also findet keine Vertretung Statt.[y]) Dieser Wille drückt sich aus in dem Auftrag oder Befehl an den Repräsentanten, ja wenn der Herr oder Vater dem Sclaven oder Sohn ein Peculium gegeben hat, so reicht zu dem Besitzerwerb für dieses Peculium schon der allgemeine Wille hin, der in dessen Verleihung liegt. Der Repräsentirte braucht weder dort die Ausrichtung seines Auftrags oder Befehls erfahren zu haben, noch hier überhaupt von dem speciellen Erwerb etwas zu wissen; er wird Besitzer im Augenblick der Apprehension durch den Repräsentanten, insofern kann man sagen: ignoranti possessio adquiritur.[z]) Bei Vormündern gilt ihr Amt statt

u) L. 1 §. 9. 10 D. de adqu. poss. (41, 2): — si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris apprehendisse possessionem.

v) Nur bei der Tradition ist eine Ausnahme: der Wille des Tradenten, dem Dominus den Besitz zu geben, kann die entgegengesetzte Absicht des Procurators erfolglos machen, L. 13 D. donat. (39, 5.)

w) L. 1 §. 19. 20 D. de adqu. poss. (41, 2.)

x) Sonst hätte man nicht den Satz aufstellen können, daß man durch einen servus fugitivus Besitz erwerbe (Note o), denn ein solcher wird nie die Absicht haben, seinem Herrn, dem er entlaufen ist, etwas zu erwerben.

y) Paul. V. 2, 1: possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Vgl. L. 3 §. 12 D. de adqu. poss. (41, 2.)

z) L. 13 pr. D. de adqu. dom. (41, 1), L. 1 §. 5, L. 42 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2. Nur ad usucapionem besitzt der Erwerber erst von der Zeit an, wo er die Apprehension in Erfahrung gebracht hat, wir usucapiren nicht

des Auftrags,[aa]) und juristischen Personen ist der Besitzerwerb ebenfalls dadurch möglich, daß ihre Repräsentanten den ihnen natürlich fehlenden animus possidendi ersetzen.[bb])

Die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch freie Stellvertreter kann unter Umständen der Tradition eine einfachere Gestalt geben. Wenn der juristische Besitzer einem Andern den Besitz überliefern, aber in dem natürlichen Besitz, z. B. als Pächter des Empfängers, bleiben will, so braucht er die Sache nicht herauszugeben, um sie dann wieder zur Detention zurück zu erhalten; er hat tradirt, indem er erklärt, daß er von nun an im Namen jenes besitzen wolle. Er erwirbt für diesen als dessen Repräsentant den Besitz, nur nicht von einem Dritten, sondern von sich selbst.[cc])

Möglichkeit des Besitzes.

CCXXIX. Der Besitz ist für manche Personen und an manchen Sachen nicht möglich, theils aus Gründen, die in seiner factischen Natur liegen, theils darum, weil er in seiner an sich rein factischen Gestalt doch zugleich die Eigenschaft eines Rechts angenommen hat.[a])

Um seiner factischen Natur willen ist der Besitz ausgeschlossen

1) für alle Personen, die des natürlichen animus possidendi nicht fähig sind, also juristische Personen, Wahnsinnige und Kinder, denen der auf Aneignung gerichtete Wille noch nicht beigelegt

---

ignorantes, die Erwerbung für ein Peculium macht aber auch hier eine Ausnahme, L. 47 D. de usurp. (41, 3), L. 2 §. 11 D. pro emt. (41, 4), L. 1 C. de adq. poss. (7, 32.)

aa) L. 1 §. 20 D. de adqu. poss. (41, 2), L. 13 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1.)

bb) L. 1 §. 22, L. 2 D. de adqu. poss. (41, 2.)

cc) L. 18 pr. D. eod., L. 77 D. de R. V. (6, 1.) Man pflegt diese Tradition constitutum possessorum zu nennen, der Vorgang ist dem bei der brevi manu traditio entgegengesetzt, bei dieser verwandelt sich der natürliche Besitzer in einen juristischen, bei jenem der juristische in einen natürlichen.

a) Diese Zwitternatur des Besitzes drücken folgende Sätze aus: eam enim rem (der Besitzerwerb) facti non iuris esse, L. 1 §. 3 D. de adqu. poss. (41, 2); possessio plurimum facti habet, L. 19 D. ex qu. caus. mai. (4, 6); plurimum ex iure possessio mutuatur, L. 49 pr. D. de adqu. poss.; possessio non tantum corporis, sed et iuris est, L. 49 §. 1 eod.; vgl. auch L. 29 eod.

werden kann.[b] Die natürliche Unfähigkeit zu besitzen ist indessen im Recht durch die besondere Ausdehnung des Besitzes durch Stellvertreter bei ihnen gehoben (§. 228 Note aa und bb);

2) an Gegenständen, woran eine körperliche Bemächtigung nicht möglich ist, daher unkörperliche Dinge nicht besessen werden können;[c] bei den s. g. universitates rerum distantium (§. 222) werden daher nur die Theile, nicht das unkörperliche Ganze besessen.[d]

3) Die körperliche Gewalt läßt sich aber auch an einer körperlichen Sache nicht so denken, daß sie Mehreren zugleich an der ganzen Sache zugeschrieben werden könnte. Daraus folgt, daß plures eandem rem in solidum possidere non possunt.[e] Es ist auffallend, daß über diesen natürlichen Grundsatz ein Streit unter den römischen Juristen bestand. Trebatius hatte behauptet, allerdings könnten nicht zwei dieselbe Sache gleichzeitig iuste oder iniuste besitzen, wohl aber einer iuste, der andere iniuste, also vi, oder clam, oder precario, Sabinus billigte dieß insonderheit bei dem Precarium,[f] und ebenso behauptete Pomponius, daß der Empfänger des Precariums besitze, aber doch auch der Geber, da man nicht sagen könne, er habe den Besitz aufgegeben.[g] Die Meinung des Trebatius bestritt Labeo (Note f), wie es scheint auch Celsus[h] entschieden Paulus (Note e). Das Verhältniß Ulpian's zu dieser Controverse ist zweideutig.[i]

---

b) L. 1 §. 3 D. eod. Die Unfähigkeit der Kinder ist eine rein natürliche, die sich darauf gründet, daß sie, wenn auch nicht willenlos, doch nicht der affectio tenendi, des Willens der Aneignung fähig sind, was einen gewissen Grad von Einsicht in den Werth und die Bestimmung der Güter voraussetzt.

c) L. 3 pr. D. eod.

d) L. 30 §. 2 D. de usurp. (41, 3.)

e) Paul. L. 3 §. 5 D. de adqu. poss. (41, 2): — contra naturam quippe est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris — — non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. Daß natürlicher und juristischer Besitz neben einander bestehen können, ist keine Ausnahme, denn der natürliche Besitzer übt nur einen fremden Besitz aus, alienae possessioni praestat ministerium. Vgl. auch Note x.

f) L. 3 §. 5 cit.

g) L. 15 §. 4 D. de precar. (43, 26.)

h) Bei Ulpian. L. 5 §. 15 D. commod. (13, 6.)

i) Nach L. 3 pr. D. uti poss. (43, 17) ist das Wahrscheinliche, daß er zur Meinung des Trebatius sich hinneigte, die Note h citirte Stelle entscheidet nicht für das Gegentheil, weil da bloß die Regel erwähnt wird, ohne Rücksicht

Von einer Anwendung jener Theorie auf die Usucapion, also von der Behauptung, daß die violenta, clandestina oder precaria possessio eines Andern die Usucapion nicht unterbreche, findet sich keine Spur, sie ist auch durchaus unwahrscheinlich. Eine zweite mögliche Anwendung wäre die auf die Uebernahme der Eigenthumsklage, zu welcher der iustus possessor ungeachtet der fremden iniusta possessio verpflichtet gewesen wäre. [k]) Die einzige Anwendung, die in unseren Quellen wirklich vorkommt, ist die auf die Interdicte, [l]) und hier wird uns auch der Ursprung der Theorie erklärlich. Bei dem interdictum retinendae possessionis verliert der, welcher von dem Gegner iniuste besitzt; wir haben gesehen (§. 225), daß daher und vermöge der Duplicität dieser Interdicte der frühere Besitzer gegen den, der ihm den Besitz vi etc. entzogen hat, als Kläger mit jenem Interdict wirksam auftreten kann; insofern konnte man sagen, er retinirt den Besitz, denn er siegt mit dem interdictum retinendae possessionis. Daraus entstand die Ansicht des Trebatius: der iniustus possessor ist Besitzer, nach natürlicher Anschauung, aber auch zu gleicher Zeit der iustus, denn er hat das interdictum retinendae possessionis. Dieß konnte an sich bloß als ein besonderer Ausdruck für einen ganz richtigen Satz gelten, aber der Ausdruck war falsch, weil jenes Verhältniß des ehemaligen Besitzers nur ganz relativ ist. Es war zu befürchten, daß das falsche Wort auch falsche Sätze gebären würde, und dieß war wirklich der Fall. Man kam dahin, den ehemaligen Besitzer auch absolut als gegenwärtigen zu behandeln, daher auch gegenüber von Anderen, man gab ihm das Interdict auch gegen Andere, und gelangte so zu der Entscheidung, die wir bei Ulpian (Note l) finden: wenn sich bei dem Interdict ergiebt, daß beide Theile Besitzer sind, der eine iustus, der andere iniustus possessor, und der letzte besitzt nicht von dem ersten, so wird keiner unterliegen, d. h. also der Richter kann zwischen ihnen nicht entscheiden. [m])

---

auf die etwaige Ausnahme, endlich L. 13 §. 7 D. de adqu. poss. (41, 2) läßt sich auch nach jener Meinung erklären.

k) Wenn nicht durch die Bestimmung des Beklagten von Ulpian, L. 9 D. de R. V. (6, 1): puto autem, ab omnibus qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse, gerade diese Anwendung jener Theorie ausgeschlossen werden sollte.

l) Ulpian. L. 3 pr. D. uti poss. (43, 17.)

m) Vergleichen wir mit dieser Controverse den oben vorgetragenen Satz,

4) Die Ausschließlichkeit des Besitzes, von der eben die Rede war, steht dem Besitz Mehrerer an derselben Sache nicht entgegen, wenn jeder sich auf einen Theil derselben beschränkt. Es fragt sich aber, ob nicht andere Gründe diesem Besitz von Theilen entgegenstehen. Die Theile können vor allem ideelle sein, Mehrere besitzen hier pro indiviso (§. 222), sie sind Mitbesitzer. Im corpus tritt diese Theilung nicht hervor, weil sie eine unkörperliche ist, sie beruht auf dem animus, der bei jedem dieser Besitzer nur auf einen quoten Theil der Sache gerichtet ist. Dieß setzt aber voraus, einmal, daß solche Theile durch ein rechtliches Ereigniß (z. B. durch einen gemeinschaftlichen Kauf, oder eine sonstige Erwerbung, zu der sich Mehrere vereinigt haben) gegeben sind, und sodann, daß der Erwerber einen bestimmten Theil im Sinne habe.[n]) Die Theile, welche Mehrere an der Sache besitzen, können ferner körperliche sein, sie besitzen hier die Sache pro diviso. Dieß setzt voraus, daß die Theile eine selbstständige Existenz erhalten können, und auch wirklich durch den Besitz erhalten, wenn auch noch ein körperlicher Zusammenhang unter ihnen besteht.[o]) Daher ist der Besitz unmöglich an integrirenden Theilen (§. 222), es kann z. B. niemand das Gebäude ohne den Boden, worauf es steht, besitzen.[p]) Ueberhaupt aber kann ferner keine bewegliche Sache von Mehreren pro diviso besessen werden, denn die Verbindung jenes Theils mit dem andern macht die factische Gewalt über ihn besonders ohne die übrigen unmöglich. Bei Grundstücken dagegen ist die Besitznahme eines einzelnen Platzes

---

daß der Besitz eines Grundstücks nicht heimlich und ohne Wissen des bisherigen Besitzers (oder seines Repräsentanten) erworben oder verloren wird (§. 228 Note n), so finden wir, daß er damit nicht wesentlich zusammenhängt. Zwar daß der Besitz für den bisherigen Besitzer nicht verloren geht, ist für die Anhänger der Ansicht des Trebatius nichts besonderes, aber daß der Apprehendent ihn nicht erwirbt, ist auch für sie eine Singularität.

n) L. 26 D. de adqu. poss. (41, 2): — incerta autem pars neque tradi neque capi potest, velut si ita tibi tradam: quidquid mei iuris in fundo est; nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest. (Dieser Satz steht mit der Unstatthaftigkeit einer incertae partis vindicatio in Verbindung. §. 165 g. R.)

o) Wo dieser nicht existirt, also bei den körperlichen Theilen eines unkörperlichen Ganzen, werden ohnedieß nur die Theile besessen, Note d.

p) L. 15 §. 12 D. de damno inf. (39, 2), vgl. Savigny, R. des B. S. 302 Note 4.

oder Strichs möglich, ein Grundstück also kann von Mehreren pro diviso besessen werden.[q])

5) Eine andere Frage ist, ob der Besitzer des Ganzen auch als Besitzer der Theile betrachtet werden kann (wiederum abgesehen von den integrirenden Theilen). Von Seiten des corpus steht nichts entgegen, einen Stein z. B., der in das von mir besessene Haus eingefügt ist, habe ich gewiß nicht weniger in meiner körperlichen Gewalt, als wenn er lose auf meinem Hofe liegt. Was dagegen den animus anlangt, so könnte allerdings der Wille dessen, der das Ganze in Besitz nimmt, auch auf die einzelnen Theile besonders gerichtet sein, aber dieser Wille ist nicht erkennbar, da das Corpus stets auf das Ganze sich erstreckt. Daher besitzt der, welcher eine Sache apprehendirt, stets nur das Ganze, nicht die einzelnen Theile besonders, so lange sie in der Verbindung stehen, die sie zu bloßen Theilen des Ganzen macht.[r]) Anders, wenn der Besitzer des Ganzen eine Sache, die jetzt Theil desselben ist, schon vor ihrer Verbindung besessen hatte, und sie selbst erst in das von ihm besessene Ganze, z. B. den Stein oder Balken in das Haus, eingefügt hat. Durch diese Einfügung verliert er den Besitz nicht, weder corpore, denn er hat die Sache noch immer in seiner Gewalt, noch animo, denn er hat nicht den animus non possidendi; dieß also ist der Fall, in welchem der Besitzer des Ganzen auch den Theil im Ganzen besitzt.[s])

In gewissen Fällen ist der Besitz um seiner rechtlichen Natur willen ausgeschlossen; eine vollständige körperliche Gewalt über die Sache mit dem factischen Willen der vollständigen Aneignung

q) L. 8 in f. D. de R. V. (6, 1), L. 26 D. de adqu. poss. (41, 2.) Man kann freilich sagen, die Verbindung ist hier schon aufgehoben, es sind aus einem Grundstück mehrere Grundstücke geworden, die (in Beziehung auf den Besitz — in anderer Beziehung kann es allerdings anders sein) nicht mehr ein Ganzes bilden, nicht mehr zusammenhängen, sondern nur an einander stoßen, wie dieß bei allen angränzenden Grundstücken der Fall ist. So steht im Grunde dieser Fall dem gleich, wenn jemand ein Stück von einer beweglichen Sache abreißt und in Besitz nimmt, es hört dadurch auf, Theil der Sache zu sein, der Besitzer des abgerissenen Stücks und der Besitzer der zurückgelassenen Theile sind nicht Besitzer der Sache pro diviso.

r) L. 23 pr. D. de usurp. (41, 3), L. 2 §. 6 D. pro emt. (41, 4.)

s) L. 30 §. 1 D. de usurp. (41, 3.) In L. 7 §. 1 D. ad exhib. (10, 4) wird für einen solchen Fall: si rotam meam vehiculo aptaveris, die Nichtexistenz des Usucapionsbesitzes ausgesagt, aber nicht aus Gründen, die den Besitz selbst betreffen.

wird hier aus rechtlichen Gründen nicht als juristischer Besitz behandelt:

1) Wer in einer fremden Gewalt (potestas, manus, mancipium) steht, die ihn — überhaupt oder für gewisse Fälle — der Fähigkeit, Vermögensrechte zu haben, beraubt, der kann insoweit auch keinen juristischen Besitz haben, sein Besitz (z. B. der des Sclaven, des Filiusfamilias) ist nur Detention.[t])

2) Sachen, die dem Commercium entzogen sind, sind auch nicht Gegenstände des juristischen Besitzes.[u])

Wenn in diesen Fällen, wo natürlich betrachtet Besitz bestünde, rechtlich keiner angenommen wird, so giebt es umgekehrt solche, wo um seiner rechtlichen Natur willen ein Besitz existirt, der vom rein natürlichen Standpunkt aus geläugnet werden müßte.

So müßte, wenn ein Pupill den animus non possidendi hat, der Besitz für ihn eben so gut verloren sein, als wenn er ohne seinen Willen corpore den Besitz verliert. Da er aber kein Recht ohne Autorität des Tutors aufgeben kann, so kann er auch den Besitz nicht ohne diese Autorität animo verlieren, er wird also ungeachtet seines animus non possidendi noch immer als Besitzer behandelt, obgleich er natürlich betrachtet aufgehört hätte es zu sein.[v])

Ein zweiter Fall ist, daß manche Personen als juristische Besitzer gelten, die den animus domini, den Willen vollständiger Zueignung der Sache nicht haben. Wer den Besitz einer Sache zu dem Zweck überkommt, um sie für den noch ungewissen Berechtigten aufzubewahren, also z. B. bis zur Entscheidung des Rechtsstreites, der zwischen zwei Andern über das Eigenthum geführt wird, der würde natürlich betrachtet nur Detentor im fremden Namen sein, der animus domini fehlt ihm ganz. Nun kann aber eine solche Sequestration, wie jenes Geschäft heißt, gerade zu dem Zweck beliebt worden sein, um den bisherigen Besitz der streitenden Partei zu unterbrechen, dieß setzt voraus, daß der Sequester juristischer Besitzer werde; darum ist die Uebertragung des juristischen Besitzes an ihn möglich gemacht worden.[w]) — Der Gläubiger, dem eine Sache überliefert wird, damit er sie zur Sicherheit seiner Forderung besitze, und kommenden Falls durch ihren Verkauf sie befriedige, besitzt dieses Pfand

t) L. 30 §. 3, L. 49 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2.)
u) L. 30 §. 1. 3 D. eod.
v) L. 29 D. eod.
w) L. 17 §. 1 D. depos. (16, 3), L. 39 D. de adqu. poss. (41, 2.)

(Faustpfand) nicht mit dem animus domini, sein Wille ist auf einen ganz partiellen Zweck beschränkt, natürlich betrachtet würde er nur die Detention im Namen des Verpfänders haben, wie z. B. ein Commodatar, dem die Sache zu einem gewissen Gebrauch übergeben ist, oder wie ein Usufructuarius u. s. f. Nun soll ihm aber der Besitz eine Sicherheit gewähren, dieß kann er vollständig nur, wenn er selbst ihm gesichert, also wenn es ein durch die Interdicte geschützter Besitz, und dieser somit dem Verpfänder entzogen ist. Darum ist die Möglichkeit angenommen worden, durch jenen Pfandcontract den juristischen Besitz zu übertragen.[x]

Sequester und Faustpfandgläubiger haben einen juristischen Besitz, der bloß auf Uebertragung beruht, welcher utilitatis causa in diesen Verhältnissen diese Wirkung zugestanden ist, er leitet seine Eigenschaft als juristischer Besitz nur von dem Willen des bisherigen Besitzers ab, für sich und selbständig betrachtet wäre er nur Detention. Darum hat Savigny ihn sehr passend „abgeleiteten Besitz" genannt.[y]

Alle diese rechtlichen Modificationen der natürlichen Grundsätze vom Besitz werden an Wichtigkeit weit überwogen durch eine Erweiterung seiner Gegenstände, von der jetzt noch zum Schluß die Rede sein soll.

Ausdehnung des Besitzes auf unkörperliche Dinge.

CCXXX. Nur körperliche Gegenstände können eigentlich besessen werden (§. 229 Note c). Diese corporis possessio läßt sich als

x) L. 16 D. de usurp. (41, 3.) Nur ist als eine weitere Singularität festgesetzt, daß der Verpfänder in Beziehung auf die Usucapion als fortbesitzend gedacht, also seine Usucapion nicht als durch jene Besitzüberlieferung unterbrochen angesehen werden soll, L. 16 cit., L. 36 D. de adqu. poss. (41, 2.) Dieß ist im Interesse des Gläubigers selbst angenommen, dessen Pfandrecht von dem Eigenthum seines Verpfänders abhängt; außerdem würde der Besitz, der den Gläubiger sichern soll, das Mittel werden können, die Sicherung des Eigenthums durch Usucapion zu verhindern, und damit zugleich die Wirksamkeit des Pfands zu beeinträchtigen. Dieser Usucapionsbesitz des Verpfänders neben dem Besitz des Gläubigers ist keine Ausnahme von der Ausschließlichkeit des Besitzes (Note e), denn er ist eine bloße Fiction für jenen einzelnen Zweck; wahrer Besitzer ist allein der Gläubiger.

y) Savigny nimmt noch zwei Fälle des abgeleiteten Besitzes an: den des Emphyteuta und den des Precaristen, aber diesen Besitzern läßt sich der animus domini nicht absprechen, vgl. Puchta in Richter's krit. Jahrbüchern 1837 S. 679 f.

selbstständig gewordene Ausübung des Eigenthums auffassen, selbstständig geworden, indem unabhängig vom Eigenthum rechtliche Wirkungen mit ihr verknüpft sind: der Schutz durch die Interdicte, und unter gewissen weiteren Bedingungen die Usucapion. Nun ist ein der Usucapion analoges Institut auch auf Rechte außer dem Eigenthum übertragen worden, jemanden, der z. B. ein Recht auf Benutzung einer fremden Sache, eine Servitut, lange Zeit ausgeübt hat, als Berechtigten anzuerkennen, also die Servitut durch Ersitzung entstehen zu lassen, schien nicht weniger Bedürfniß als beim Eigenthum. Eben so schien es gerecht, im Fall eines Rechtsstreits über die Existenz gewisser Rechte den, der in der bisherigen factischen Ausübung des Rechts sich befunden hatte, theils von dem onus probandi zu befreien, ihm also die Rolle des Beklagten zuzuweisen, [a]) theils ihn bis zur Entscheidung über das Recht in der Ausübung zu schützen, also possessorische Interdicte zu geben, wie bei der possessio. [b]) Die Ausübung solcher Rechte, auf diese Weise mit selbstständigen Wirkungen, wie der Besitz, versehen, war nun auch possessio zu nennen: libertatis possessio, iuris possessio, im Gegensatz zur corporis possessio,[c]) quasi possessio, im Gegensatz zur possessio, dem eigentlichen Besitz. [d])

Possessorische Interdicte sind gegeben für den Quasibesitz der Servitutrechte und des Rechts der Superficies. Zum Theil sind die oben dargestellten Interdicte auf die iuris quasi possessio übertragen, zum Theil sind besondere für sie aufgestellt worden. [e])

Das erste war vor allem möglich bei den Rechten, deren Ausübung die Detention der Sache, welche den Gegenstand des Rechts

---

a) So bei dem Rechtsstreit über die Freiheit, s. §. 221, ferner bei dem Servitutenproceß, L. 8 §. 3 D. si serv. vind. (8, 5.)

b) L. 20 D. de serv. (8, 1): — ideoque et interdicta velut possessoria constituta sunt.

c) L. 2 §. 3 D. de precar. (43, 26): — qui possessionem corporis vel iuris adeptus est —. L. 10 C. de adqu. poss. (7, 32.) In L. 49 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2) dagegen werden durch diese Ausdrücke die factische und rechtliche Natur des Besitzes überhaupt einander entgegengesetzt, §. 229 Note a.

d) Gai. IV. 139. L. 3 §. 17 D. de vi (43, 16) u. a. (Die genauere Unterscheidung zwischen possessio und quasi possessio gehört erst der ausgebildeten Rechtswissenschaft an. Zu Cicero's Zeit nahm man bei dem ususfructus noch possessio an: Cic. pro Caecin. 7. 32. Keller, semestria II p. 346. R.).

e) (Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI S. 340—353. R.)

bildet, voraussetzt. Der Quasibesitz des Usufructus und der andern für eine Person bestimmten Servituten ist mit dem natürlichen Besitz der Sache verbunden, es stand nichts entgegen, dem Quasibesitzer das interdictum uti possidetis utile oder utrubi (jenachdem die Sache eine unbewegliche oder bewegliche ist) gegen den Störer oder Anfechter zu geben, [f]) so wie gegen den Entzieher die interdicta recuperandae possessionis: de praecario und (mit einiger Aenderung in der Formel) auch: de vi. [g]) Das letzte gilt auch von dem Besitz des Rechts der Superficies, [h]) dagegen ist das interdictum uti possidetis oder utimini fruimini darauf nicht angewandt, sondern ein eigenes Interdict: uti e lege locationis superficie fruimini (§. 244 b) gegeben worden, [i]) welches aber ganz die Eigenschaften jenes hat. [k])

---

f) L. 4 D. uti possid. (43, 17.) (In fragm. vat. 90 wird das interdictum uti possidetis in dieser Anwendung utile interdictum genannt, „quia non possidet — sed potius fruitur.“ Die Formel lautete: uti nunc utimini fruimini — oder wenn der Eigenthümer und Fructuar streiten: uti nunc possidetis utimini fruimini. Das Interdictum utrubi, in dessen Formel die Possessio nicht erwähnt wird, paßte direct auf den Usufructus. R.)

g) L. 3 §. 13. 14 D. de vi (43, 16), L. 60 pr. D. de usufructu (17, 1); L. 27 D. de don. (39, 5.) Fragm. vat. 90. L. 2 §. 3 D. de precar. (43, 26.) (Das Interdict de precario bedurfte keiner Aenderung: quod precario ab illo *habes* paßt auf den Fructuar. Das int. de vi paßte nicht, weil der Fructuar nicht besitzt und daher auch nicht dejicirt werden kann, man gab daher ein utile interdictum: si uti frui prohibitus esse dicetur. — Fragm. vat. 91. R.)

h) L. 1 §. 5 D. de vi (43, 16.)

i) L. 3 §. 7 D. uti poss. (43, 17.) (Das interdictum uti possidetis eas *aedes* hilft dem Superficiar nicht, da der Grundherr das Ganze, solum und superficies, besitzt. Ein Interdict uti possidetis eam superficiem ist überall nicht möglich, da es keinen abgesonderten Besitz an der Superficies giebt [§. 223 c]. Dies übersieht Böcking, Inst. S. 536 Note 7. Utimini fruimini schlechthin würde den Usufructus bezeichnen. So blieb nur obige Fassung übrig. Rudorff, Zeitschrift für gesch. R. W. XI S. 230. 231. Zusatz der 7. Ausgabe. Degenkolb, Platzrecht S. 233, um das interdictum de superficiebus nicht als reinen „Lückenbüßer“ des int. uti possidetis zu fassen, legt das Hauptgewicht auf die contractlichen Schranken (lex locationis). Dagegen spricht die Stellung hinter dem int. u. p. statt des Anschlusses an das int. de loco publico fruendo; vgl. auch L. 27 D. de don. (39, 5) a. E. — Ueber den Begriff cenaculum und crypta s. Savigny, Besitz 7. Aufl. S. 291, der erstern als den ganzen obern Theil des Hauses, letztern als Keller auffaßt und Rudorff zu Sav. Besitz 7. Aufl. S. 657, der unter den Krypten das Erdgeschoß versteht. Degenkolb, S. 236 hat sich für Savigny's Ansicht entschieden. R.)

k) L. 1 §. 2 D. de superficiebus (43, 18): Omnia (ursprünglich wohl

Noch näher lag eine Anwendung der gewöhnlichen Interdicte bei den Rechten, deren Ausübung mit dem Besitz zwar nicht der unterworfenen Sache, aber der Sache, für welche das Recht bestimmt ist, zu deren Vortheil es gereichen soll, verbunden ist. Dieß ist der Fall bei den positiven Servituten, welche für praedia urbana bestimmt sind. Wenn ich also in Ausübung des Rechts, einen Balken meines Hauses in der Wand oder einen Balken über dem Grundstück meines Nachbars zu haben, gestört werde, so habe ich das interdictum uti possidetis eas aedes, ex quibus proiectio est. In der That werde ich hier in dem Besitz meines Hauses selbst, wie es eben jetzt steht, also in der corporis possessio gestört, und darum ist die Anwendung des Interdicts in diesem Fall gar keine Ausdehnung desselben auf die iuris quasi possessio. [l]) Dagegen beruht die Ausübung der negativen Servituten, z. B. des Rechts, das Höherbauen zu verbieten, nur darauf, daß auf dem dienenden Grundstück nichts Zuwiderlaufendes geschehe, es leuchtet ein, daß das Interdict uti possidetis wegen des Besitzes des herrschenden hier ohne Erfolg sein würde und es bleibt dem Besitzer desselben nur die operis novi nunciatio. [m])

Nun giebt es endlich noch Servituten, deren Ausübung weder mit einer Detention der unterworfenen Sache, noch mit dem Besitz der Sache, für welche sie einen Vortheil gewähren, verbunden ist, es sind die Servituten für praedia rustica, welche zur Vornahme einzelner Handlungen auf dem unterworfenen Grundstück berechtigen, z. B. durch dasselbe zu gehen, zu fahren, Wasser zu leiten, Wasser davon zu holen u. s. f. Das Recht steht auch bei ihnen in Verbindung mit dem Grundstück, für das sie bestimmt sind, das mit einem

---

cetera; Gai. IV. 170, d. h. die fructus licitatio u. s. w. R.) quae in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur.

l) L. 3 §. 6 D. uti poss. (43, 17), L. 8 §. 5 D. si serv. vind. (8, 5.) Das interdictum de vi ist nicht anwendbar, die Dejection aus dem Besitz des Hauses bezieht sich nicht bloß auf den damit verbundenen Quasibesitz der für das Haus bestimmten Servitut, und eine auf diesen Quasibesitz allein gerichtete Gewaltthätigkeit ist keine Dejection, die stets die Richtung auf einen körperlichen Gegenstand voraussetzt, L. 4 §. 27 in f. D. de usurp. (41, 3.)

m) (L. 5 §. 10 D. de O. N. N. [39, 1] si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denunciatio erit necessaria. Rudorff a. a. O. S. 348—353. R.)

Weg, um darauf zu kommen, mit Wasser u. s. f. versehen werden soll, aber die Ausübung hängt nicht so damit zusammen, daß man sagen könnte, wer in der Ausübung derselben gestört wird, wird in dem Besitz des Grundstücks gestört. Eine Anwendung des interdictum uti possidetis auf den Quasibesitz dieser Rechte wäre daher eine ganz singuläre Erweiterung dieser Klage gewesen.[n]) Aber es stand dieser Anwendung noch ein anderes Bedenken entgegen: für die Entscheidung der Frage, wer als gegenwärtiger Besitzer einer solchen Servitut gelten soll, sind besondere Bestimmungen nöthig, es erscheint nicht als billig und zweckmäßig, jeden, der durch einmalige Vornahme jener Handlung, die den Inhalt der Servitut bildet, den Quasibesitz erworben hat, wenn nur kein Act des Verlustes eingetreten ist, in dem Besitz zu schützen. Darum hat der Prätor besondere Interdicte für den Besitz jener Servituten (der servitutes praediorum rusticorum) eingeführt. Nicht für alle; er fand sich zu diesem einstweiligen Schutz der Ausübung nur bei den Servituten veranlaßt, wo die Unterbrechung der Ausübung bis zur Entscheidung über das Recht eine Störung der Agricultur nach sich gezogen haben würde.

Diese besondern Interdicte sind das interdictum de itinere actuque privato für den Besitz von Wegservituten,[o]) das interdictum de aqua und de rivis für den Besitz der Wasserleitungsservituten,[p]) das interdictum de fonte (de lacu etc.) und de fonte

---

n) Wenn der Prätor in einem solchen Fall hätte interdiciren wollen: uti eum fundum de quo agitur possidetis etc., so würde man auch durch die gewaltsamste Interpretation den Sinn, auf den es hier ankam, nicht haben in diese Worte bringen können.

o) Dig. XLIII. 19: de itinere actuque privato. Es lautet so: Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quominus ita utaris, vim fieri veto. Für den Fall, daß der Berechtigte zwar nicht am Gehen, Fahren rc. selbst, aber an der Ausbesserung des Wegs gehindert wird, ist ein besonderes Interdict gegeben: de itinere actuque reficiendo, bei diesem reicht aber die Ausübung nicht hin, sondern der Kläger muß überdieß das Recht der Servitut beweisen, daher ist es kein possessorisches Interdict, L. 3 §. 11 (quominus — *ut tibi ius esset*, reficias v. f. y.) 13 D. eod. L. 2 §. 2 D. de interdict. (43, 1), L. 4 D. de rivis (43, 21).

p) Dig. XLIII. 20: de aqua quotidiana et aestiva. Das interdictum de aqua zum Schutz der Ausübung schlechthin, für die aqua quotidiana: Uti

reficiendo für den Besitz der Wasserschöpfservituten.[q] Sie setzen den Quasibesitz der Servitut voraus, zum Beweis desselben wird die Ausübung der Servitut im letzten Jahr rückwärts von der Zeit der Anstellung der Klage gefordert, bei dem interdictum de aqua aestiva geht die Zeit zurück bis auf den vorigen Sommer. Bei dem interdictum de itinere actuque ist eine einmalige fehlerfreie Ausübung in jener Zeit nicht hinreichend, um auf diesen Schutz Anspruch zu geben, es muß eine öftere (die römischen Juristen sagen: an wenigstens dreißig Tagen des letzten Jahres) nachgewiesen werden. Bei den übrigen hat schon eine einmalige Ausübung, wenn sie nicht vi etc. gegenüber dem Gegner geschah, diese Wirkung, dagegen wird bona fides, also die Ueberzeugung, berechtigt zu sein, von dem Kläger gefordert.[r])

Erwerb und Verlust der iuris possessio bestimmt sich durch die analoge Anwendung der Grundsätze von der corporis possessio. Der animus possidendi ist hier der Wille, das Recht z. B. des Ususfructus, der Wasserleitung ꝛc. auszuüben, entweder für sich oder für einen Andern (alieno nomine), denn auch hier läßt sich juristischer und natürlicher Besitz unterscheiden. Um im Quasibesitz (juristischen oder natürlichen) zu sein, muß man die Auübung als Ausübung eines Rechts vornehmen, um juristischer Quasibesitzer zu sein und die Interdicte zu haben, als Ausübung eines eigenen

---

hoc anno aquam, qua de agitur, non vi, non clam, non precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto; für die auf die Sommerszeit beschränkte Wasserleitung: Uti priore aestate aquam q. d. a. nec vi, nec clam, nec precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto (L. 1 §. 29 D. eod.). Das interdictum de rivis zum Schutz der Ausbesserung, die dabei nothwendig wird, Dig. XLIII. 21: de rivis, es lautet: Rivos, specus, septa reficere purgare aquae ducendae causa quominus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat quam uti priore aestate non vi, non clam, non precario a te duxit, vim fieri veto.

q) Dig. XLIII. 22: de fonte. Das interdictum de fonte: Uti de eo fonte q. d. a. hoc anno aqua nec vi, n. c., n. p. ab illo usus es, quominus ita utaris, vim fieri veto. De lacu, puteo, piscino item interdicam. Das int. de fonte reficiendo: Quominus fontem q. de a. purges reficias, ut aquam coërcere utique ea possis, dum ne aliter utaris atque uti hoc anno n. v., n. c., n. p. ab illo usus es, vim fieri veto.

r) L. 1 §. 10. 19 D. de aqua (43, 20), vgl. L. 3 §. 7 D. de rivis (43, 21), L. un. §. 3. 11 D. de fonte (43, 22).

Rechts.[s]) Dieser animus nun muß sich, wenn der Besitz erworben sein soll, in einem Act, der eine Ausübung des Rechts enthält, verkörpern,[t]) dieser Act entspricht dem corpus bei dem eigentlichen Besitz. Bei den Rechten, die mit einer Detention der unterworfenen Sache verbunden sind, besteht er in der Apprehension dieser Sache, ist also wie die Apprehension des körperlichen Besitzes gestaltet. Bei den Servituten, die zu einzelnen abgesonderten Handlungen berechtigen, z. B. zum Gehen, besteht die Apprehension in der Vornahme dieser Handlung (Note s) in eigner Person oder durch einen Repräsentanten. Besteht der Inhalt der Servitut in der Einrichtung einer Anstalt, z. B. Einlassung eines Balkens in die Wand des Nachbarn, so wird der Besitz derselben durch diese Einrichtung apprehendirt, den Besitz des Hauses, für welches die Servitut bestimmt sein soll, vorausgesetzt. Diese Voraussetzung gilt auch von dem Besitz der Servituten, die lediglich darin bestehen, daß der Eigenthümer der unterworfenen Sache etwas unterlassen muß, z. B. sein Haus nicht erhöhen darf. In dieser Unterlassung auf Seiten dessen, welcher durch die Servitut beschränkt ist, wird sie von dem Berechtigten ausgeübt, aber diese Unterlassung könnte zufällig sein; damit der Besitz erworben sei, ist ein Act erforderlich, der ihr den Charakter der Zufälligkeit nimmt, und sie zur Ausübung eines Rechts macht. Ein solcher Act ist die Erklärung des durch die Servitut Beschränkten, daß er jenes unterlassen wolle, ferner sein Gehorsam gegen ein Verbot des Berechtigten; in beiden Fällen ist es nicht zweifelhaft, daß die Unterlassung auf das Bewußtsein von dem Anspruch, den der Andere (sei es mit oder ohne Recht) macht, geschehen ist. — Verloren wird der Quasibesitz, wie der eigentliche, animo oder corpore in contrarium acto. Animo also dadurch, daß der Besitzer den animus non possidendi annimmt, corpore nicht schon durch Nichtausübung, sondern durch Ausschließung des Besitzers von der Ausübung: bei den persönlichen Servituten und der Superficies

s) L. 7 D. de itin. (43, 19): Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque, nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet. L. ult. D. quemadm. serv. (8, 6.)

t) L. ult. D. de servit. (8, 1.)

durch Entziehung des natürlichen Besitzes der Sache, bei den übrigen durch wirksame Abhaltung von der Handlung, zu der die Servitut berechtigt, durch Beseitigung der Anstalt, so daß deren Wiederherstellung nicht von dem Belieben des Besitzers abhängt, durch Vornahme dessen, was vermöge der Servitut unterlassen werden soll. Eben so aber besitzt auch der nicht mehr die Servitut, welcher aufhört, im Besitz des Grundstücks zu sein, mit dessen Besitz der Quasibesitz der für dasselbe bestimmten Servitut verknüpft ist.

Viertes Kapitel.

Von dem Eigenthum.

Allgemeine Natur des Eigenthums.

CCXXXI. Die Unterwerfung von Sachen, welche wir Besitz nennen, ist für sich selbst eine factische, ihre rechtliche Existenz entlehnt sie, wie wir gesehen haben, von einem andern ihr vorausgehenden Recht, dem Recht der Persönlichkeit. Man kann sagen, der Besitz selbst ist kein Recht, denn er ist bloß eine Seite des Rechts der Persönlichkeit, nur weil er doch dieses Recht ist, nach einer gewissen Richtung hin gewendet, ist er ein Recht zu nennen. In der That aber setzt der Besitz, um als ein eignes Rechtsverhältniß zu bestehen, noch eine Unterwerfung anderer Art, eine rechtliche Herrschaft über Sachen voraus, gegen die er als selbstständiges Verhältniß erscheint, indem er gedrängt von ihrer Macht und, insofern er von ihr getrennt ist, als Unrecht verfolgt, sich unter den Schutz des Rechts der Persönlichkeit flüchtet. Die ganze Theorie des Besitzes ist nur möglich durch die Existenz einer rechtlichen Herrschaft, gegen die er seine Selbstständigkeit behauptet, indem er sie an das Recht der Persönlichkeit verliert.

Diese rechtliche Herrschaft über Sachen ist das Eigenthum, rerum dominium, das von den römischen Juristen in der Regel unter dem Wort res und dominium schlechtweg verstanden wird. [a])

a) Dominium überhaupt heißt die rechtliche Herrschaft, namentlich die civilrechtliche im Gegensatz zu der bloß auf prätorischem Schutz beruhenden. So wird in L. 48 pr. D. de hered. inst. (28, 5) die Bezeichnung des heres als hereditatis dominus gutgeheißen, und in L. 3 D. si ususfr. pet. (7, 6) wird der ususfructus iure (civili) constitutus dominium ususfructus genannt,

Es ist die von dem Recht um ihrer rechtlichen Entstehung willen anerkannte Herrschaft, die zwar wie alle Rechte die Persönlichkeit des Berechtigten voraussetzt, die sich aber über diesen allgemeinen Grund als ein besonderes Recht erhoben hat, und insoweit als ein selbstständiges Glied in den Rechtskörper eingetreten ist. Der Eigenthümer leitet seinen Anspruch auf Schutz nicht wie der Besitzer von seinem Recht der Persönlichkeit ab, er gründet ihn darauf, daß seine Unterwerfung der Sache selbst und für sich betrachtet eine rechtliche, daß sie unmittelbar dem Gesetz gemäß sei, ohne der Vermittelung durch das Recht der Persönlichkeit zu bedürfen.

Das Eigenthum ist die totale rechtliche Unterwerfung einer Sache. Es ist das vollkommenste Recht, theils durch seinen Gegenstand, welcher der einzige dem menschlichen Willen völlig hingegebene ist, theils durch seinen inneren Umfang, weil es diesen Gegenstand nach allen Seiten, von denen er im Recht zur Sprache kommt, unterwirft. a*) Der Begriff des Eigenthums schließt folgende Momente in sich:

1) Nur an Sachen, also an körperlichen Gegenständen, ist Eigenthum möglich. Durch die Behandlung eines aus körperlichen Theilen bestehenden unkörperlichen Ganzen (einer s. g. universitas rerum distantium §. 222) als Sache hat dieß eine Modification erlitten, es wird Eigenthum nicht bloß an den natürlichen Sachen, die diese universitas bilden, sondern auch an der ideellen, dem Ganzen an-

---

der tuitione praetoris constituirte possessio ususfructus. Durch diese weite Anwendbarkeit des Worts dominium wird natürlich der Begriff des Eigenthums nicht ausgedehnt, Eigenthum ist nur das rerum (corporalium) dominium. Wenn auch bei uns das Wort Eigenthum von Vielen für alles, was uns irgendwie gehört, gebraucht wird, so hat man doch in der juristischen Sprache dieser vagen Anwendung sich zu enthalten. Wer z. B. von einem Eigenthum an Schuldforderungen spricht, der wird schwerlich dem Verdacht entgehen können, daß er die Begriffe und Grundsätze von Eigenthum und Obligatio gelegentlich untereinander mengen werde, wozu er sich durch den Mißbrauch der Worte eine glatte Bahn geöffnet hat.

a*) (Nicht die Totalität, sondern die Proprietät, das suum esse, ist das entscheidende Merkmal, daher schließen die Beschränkungen durch dingliche Specialrechte den Begriff nicht aus, (L. 25 pr. D. de V. S. 50, 16), erst das fremde Eigenthum macht ihn unmöglich, weil die Sache nur Einem gehören kann. Die Totalität hat nur den Sinn, daß die Beschränkung auf ein dingliches Specialrecht und wäre es noch so umfassend, nicht mehr Eigenthum ist, weil sie eben voraussetzt, daß die Sache einer andern Person und zwar dauernd, erblich und eigenthümlich unterworfen ist. R.)

genommen, es kann das Ganze vindicirt, also: gregem meum esse behauptet werden. [b]) Manche wirkliche Sachen dagegen sind ausgeschlossen, die dem Eigenthum überhaupt, oder wenigstens dem Privateigenthum entzogen sind (§. 223).

Das Eigenthum an einer Sache setzt voraus, daß sie ein Dasein als besondere Sache habe. Dieß ist nie der Fall bei den integrirenden Theilen einer Sache (§. 222), an diesen ist kein besonderes Eigenthum möglich, der Eigenthümer des Ganzen hat sie nur in und mit diesem im Eigenthum. So ist dieß bei den Gliedern eines Thieres, bei der Pflanze, bei dem Gebäude als Theil des Bodens der Fall. Es ist niemand Eigenthümer des Gebäudes, ohne Eigenthümer des Bodens zu sein, worauf es steht, [c]) und der Eigenthümer des Bodens hat nicht ein besonderes Eigenthum an dem Gebäude. [d]) Dieß gilt auch von den organischen Erzeugnissen einer Sache, solange sie noch an der erzeugenden Sache sich befinden (fructus pendentes), sie sind noch integrirende Theile der Mutter, die sie trägt, [e]) der Pflanze, die sie hervorbringt, und mit ihr des Bodens, auf dem sie steht, [f]) sie sind nur erst künftige Sachen. [g]) Erst durch die Trennung von der erzeugenden Sache (fructus separati) werden sie selbstständige Organismen, erst von der Separation an ist ein besonderes Eigenthum an ihnen denkbar. Die bloße körperliche Verbindung dagegen mit einer andern Sache, wenn sie keine integrirende ist, eine Verbindung, worin z. B. der Stein mit dem Ring, der Balken mit dem Haus steht, welche die factische Herrschaft für den, der nicht Besitzer des Ganzen ist, hindert (§. 229), steht der rechtlichen Herrschaft, also dem Eigenthum nicht entgegen. [h])

b) L. 1 §. 3, L. 2. 3 pr. D. de R. V. (6, 1.)

c) L. 2 D. de superfic. (43, 18.)

d) L. 40 D. de act. emti (19, 1).

e) L. 1 §. 1 D. de inspic. ventre (25, 4): — partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum —.

f) L. 44 D. de R. V. (6, 1): fructus pendentes pars fundi videntur.

g) L. 15 pr. D. de pignor. (20, 1.)

h) L. 23 §. 5 D. de R. V. (6, 1), L. 7 §. 10 D. de adq. dom. (41, 1.) Eine andere Frage ist, ob der Eigenthümer der Sache sie während dieser ihrer Verbindung mit einer andern vindiciren kann, davon unten. — Ferner kann der Erwerbung des Eigenthums die Verbindung mit einer andern Sache entgegenstehen, z. B. wo diese Erwerbung einen Besitzerwerb voraussetzt, wie die Tradition, aber auch bei anderen Erwerbungen kann dieß der Fall sein, z. B. Mancipation, In Jure Cessio.

Daher verliert niemand sein Eigenthum dadurch, daß die Sache auf diese äußerliche Weise Theil einer andern wird, und ein Eigenthum Mehrerer pro diviso ist möglich unter Umständen, wo der Besitz pro diviso ausgeschlossen ist.

2) Das Eigenthum ist eine totale Herrschaft über die Sache. Alle Befugnisse, die sich in Beziehung auf eine Sache denken lassen, sind an sich im Eigenthum und zwar ausschließlich enthalten. Durch diese Totalität wird es unnütz, diese Befugnisse aufzuzählen, und eine Unschicklichkeit ist es, den Begriff des Eigenthums durch eine solche Aufzählung geben zu wollen. Sie kommen nur zur Sprache, insofern das Eigenthum überhaupt oder in einem besonderen Fall Beschränkungen unterliegt, wodurch gewisse Befugnisse, die an sich darin enthalten sind, davon getrennt werden.

Von Alters her sind gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums an manchen Sachen eingeführt, viele finden sich schon in den Zwölf Tafeln, das spätere Recht hat sie noch vermehrt. Diesen Beschränkungen liegt ein öffentliches Interesse zu Grunde, welches gewahrt werden soll; auch wenn der Vortheil eines Einzelnen dadurch befördert wird, ist es doch nicht dieser Privatvortheil für sich, sondern das dabei betheiligte gemeine Wohl, auf welches die Absicht gerichtet ist. Zu diesen Beschränkungen gehöreu auch die Verbote grausamer Behandlnng der Sclaven (§. 212), vornehmlich aber betreffen sie das Eigenthum an Grundstücken, das seinem Gegenstand nach am meisten den Eigenthümer mit den Rechten Anderer und mit den öffentlichen Interessen in Berührung bringt.[i])

Die Fürsorge für die religiösen Interessen hat die Bestimmung hervorgerufen, daß der Eigenthümer dem, der auf andere Art nicht zu seinem Begräbnißort kommen kann, den Weg über sein Grundstück gestatten muß,[k]) und daß er einen unberechtigt auf seinem Grund und Boden beerdigten Leichnam nicht selbst, ohne Erlaubniß der religiösen Behörde, wegschaffen darf.[l])

Die Rücksicht auf die Communication durch die öffentlichen Wege hat schon in den Zwölf Tafeln die Vorschrift veranlaßt, daß dieselben durch die Anlieger in Stand erhalten werden müssen, wird

---

i) Vgl. zu dem Folgenden Dirksen über die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums nach R. R. ꝛc., Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. II. 16.

k) L. 12 pr. D. de relig. (11, 7.)

l) L. 8 pr. D. eod. vgl. L. 2 §. 2, L. 7 pr., L. 43 eod.

diese Pflicht vernachlässigt, so müssen sie sich gefallen lassen, daß die des öffentlichen Wegs sich Bedienenden ihren Weg über ihr Grundstück nehmen; [m]) ist der Weg durch Erdsturz oder durch die Ausbreitung eines Flusses verloren, so muß der nächste Nachbar von seinem Eigenthum, soviel zur Wiederherstellung nöthig ist, abtreten.[n])

Rücksichten der Gesundheits- und Feuerpolizei haben die Vorschriften der Zwölf Tafeln veranlaßt, daß in der Stadt zwischen den Gebäuden ein Zwischenraum (ambitus) von zwei und ein halb Fuß (sestertius pes) gelassen werden soll,[o]) von späteren Kaisern ist er auf zwölf, unter Umständen auf funfzehn Fuß erhöht worden.[p]) Auch für die Höhe der Gebäude wurde ein Maximum festgesetzt, von August 70, von Trajan 60 Fuß,[q]) Zeno in einer ausführlichen Verordnung über die Gebäude läßt 100 Fuß zu, nur unter Voraussetzung eines angemessenen Abstands von den nächsten Gebäuden.[r]) Ueberdieß soll, wenn auch das gesetzliche Maß nicht überschritten wird, der Nachbar das Recht haben, zu fordern, daß keine ihm nachtheilige Veränderung mit dem altherkömmlichen Zustand des Hauses vorgenommen werde.[s]) Auch bei Feldgütern soll der herkömmliche Stand in Beziehung auf den Lauf des Regenwassers nicht willkühr-

---

m) Cic. pro Caec. 19. (Festus p. 371 [Müller] nach Huschke's Restitutionsversuch, Zeitschr. für gesch. R. W. XII. 11: Viae sunt et publicae, per quas *ire, agere, vehere* omnibus licet, *et* privatae, quibus vetitum uti *iure* praeter eorum quorum sunt privatae. *Illas spectant XII. ni* vias muniunt, *qui viis amsegetes* sunt, qua volet, iumenta agito — nach Bergk's Vorschlag — quibus vetitum uti *aliis* praeter eorum, quorum sunt *auctoritate* (oder voluntatem). *In XII est*: amsegetes vias muniuntod: eo ni sant lapides sunt, qua volet iumenta agito. Die Sammler der Zwölftafelfragmente haben diese Stelle ganz übersehen. R.) Die lex Iulia municipalis spricht jene Verbindlichkeit auch für die Straßen in der Stadt aus, Tab. heracl. v. 20 sqq. v. 53 sq.

n) L. 14 §. 1 D. quemadm. serv. (8, 6.)

o) Varro de L. L. V. 22 (Müll.) Volus. Maecian. assis distr. 46. Paul. Diac. ex Festo v. ambitus. Es sollten also alle neuen Gebäude als insulae errichtet werden, Paulus ex Festo v. insulae. Nero (Tac., annal. XV 43), und Antoninus und Verus (L. 14 D. de serv. pr. urb. 8, 2) schärften dieß von neuem ein.

p) L. 9. 11. 12 §. 2 C. de aedif. priv. (8, 10.)

q) Sueton., Octav. 89. S. Aurel. Victor, epitom. XIII. 13, vgl. L. 1 §. 17 D. de O. N. N. (39, 1.)

r) L. 12 §. 4 C. de aedif. priv. (8, 10.)

s) L. 11 pr. D. de serv. pr. urb. (8, 2), L. 12 §. 1 C. de aedif. priv. (8, 10.)

lich zum Nachtheil des Nachbarn verändert werden, schon die Zwölf Tafeln haben deshalb eine Klage gegeben, die actio aquae pluviae arcendae.[t])

Ueberhaupt aber muß ein Grundeigenthümer bei der Ausübung der Befugnisse, die in seinem Recht liegen, sich zu einer billigen Rücksicht auf die, deren Eigenthum mit dem seinigen zusammenstößt, veranlaßt finden durch die Erwägung, daß ein allzustrenges Bestehen auf seinen Eigenthumsverhältnissen einen fortwährenden rechtlichen Kriegsstand hervorrufen würde, bei dem vielleicht keiner der Nachbarn die Linie seines Rechts überschreitet, jeder aber den andern und sich selbst in der Benutzung seines Guts ohne endlichen Vortheil beschränkt. Das Bedürfniß einer solchen gegenseitigen Nachsicht ist in manchen Punkten so dringend selbst für das öffentliche Interesse, daß darüber Rechtsvorschriften entstanden sind, die das, was Vernunft und Billigkeit fordert, als rechtliche Nothwendigkeit festsetzen, und so von der Einsicht und dem guten Willen des Individuums unabhängig machen. Wer sein Gebäude in einem baufälligen Zustand läßt, kann von dem dadurch Gefährdeten angehalten werden, den Ersatz des zu befürchtenden Schadens zu versprechen (cautio damni infecti), weigert er sich, dem Decret, das ihm diese Caution auferlegt, Folge zu leisten, so weist der Prätor den Kläger in den natürlichen Besitz des Gebäudes ein (in possessione esse iubet), ist dieses Zwangsmittel fruchtlos, so kann eine zweite missio in possessionem (ex secundo decreto) erfolgen, worin der Verpflichtete als Derelinquent seines Hauses behandelt, und dem Berechtigten juristischer Besitz und Eigenthum zuerkannt wird (possidere iubet).[u]) Zu dieser Caution ist auch der verpflichtet, der so tief auf seinem Grund gräbt, daß das Gebäude des Nachbars seine Sicherheit verliert, nicht dagegen, wenn er ihm bloß einen Vortheil entzieht, worauf jener keinen Anspruch hat, z. B. wenn durch das Graben eines Brunnen der des Nachbars versiegt.[v]) In einem Fall ist im

t) Dig. XXXIX. 3: de aqua et aquae pluviae arcendae. L. 21 pr. D. de statulib. (40, 7.)

u) Dig. XXXIX. 2: de damno infecto et de suggrundis et protectionibus. Diese Caution dient überhaupt dazu, einen Anspruch wegen Beschädigungen zu erhalten, die einem Grundstück durch die mangelhafte Beschaffenheit irgend einer Vorrichtung drohen.

v) L. 24 §. 12 D. eod.

Interesse der Agricultur eine Ausnahme gemacht, man soll dem Nachbar nicht den Luftzug, den er für seine Dreschtenne nöthig hat, verbauen können.[w]) Man braucht einen Baum nicht zu dulden, der vom Wind gebogen mit dem Stamm sich über unser Grundstück neigt, [x]) bloße Aeste, die herüberragen, muß man sich gefallen lassen, nur kann man verlangen, daß sie von der Erde 15 Fuß in die Höhe (pedes quindecim a terra altius) rund herum entfernt werden, da diese niedrigeren Aeste es sind, welche das Grundstück benachtheiligen.[y]) Hängt der Baum von einem Gebäude über das unsrige, so können wir seine gänzliche Wegnahme fordern,[z]) eben so, wenn seine Wurzeln unserem Gebäude schaden.[aa]) Verweigert der Eigenthümer des Baums jene Beschneidung oder diese Entfernung, so kann sie der Beschädigte vornehmen, und das Holz behalten, und wird darin durch ein Interdict (de arboribus caedendis) geschützt. Die Zwölf Tafeln haben den Grundeigenthümer verpflichtet, das Auflesen übergefallener Früchte (glans) zu gestatten,[bb]) das prätorische Edict schützt dieses Recht durch ein Interdict (de glande legenda), mit der Beschränkung jedoch, daß der Eigenthümer der Früchte nur einen Tag um den andern kommen dürfe.[cc]) Den Eigenthümer von Holz und anderem Baumaterial, das in das Gebäude oder den Weinberg eines Andern verbraucht worden ist, nöthigen die Zwölf Tafeln, sich mit dem Doppelten des Werths zu begnügen, worauf sie ihm die actio de tigno iuncto (aedibus vel vineae) geben, will er dieß nicht, so muß er zuwarten, bis seine Sachen ohne sein Zuthun aus jener Verbindung kommen, die Trennung kann er nicht verlangen.[dd])

---

w) L. 14 §. 1 C. de servit. (3, 34.)

x) L. 2 D. de arboribus caedendis (43, 27).

y) L. 1 §. 7—9 eod.

z) L. 1 pr. §. 1—6 eod.

aa) L. 1 C. de interd. (8, 1.)

bb) Plin., hist. nat. XVI. 6.

cc) Dig. XLIII. 28: de glande legenda. Tertio quoque die, sagt der Prätor, das kann nach dem ungleichen Sprachgebrauch der Römer (§. 199 Note n) entweder den Zwischenraum von einem, oder von zwei Tagen begreifen; das erste entspricht theils der gewöhnlicheren Redeweise, theils giebt es hier das natürlichere und der Sache angemessenere Resultat

dd) Dig. XLVII. 3: de tigno iuncto. Die Stelle der XII Tafeln lautet nach der Restitution Huschke's (aus Festus vv. tignum und sarpiuntur): Tignum iunctum aedibus vineave sei concapit, ne solvito — neque vinea sarpta quandoque, donec dempta erunt, tigna vindicito. Huschke ad

Bei diesen Beschränkungen des Eigenthums verbindet sich mit dem öffentlichen Interesse zugleich das bestimmter Privatpersonen. Jenes allein dagegen hat auf das Verbot geführt, Grundstücke in der Stadt zu Begräbnissen zu bestimmen,[ee]) Verzierungen von Gebäuden zu trennen, überhaupt Gebäude auf Speculation zu zertrümmern,[ff]) und auf das Gesetz, nach welchem der Eigenthümer, wo er nicht dadurch beschädigt wird, die Aufsuchung von Mineralien gegen Zusicherung von einem Zehntheil des Ertrags gestatten muß.[gg])

Es liegt in der Natur des Eigenthums, als der vollen und unbedingten Herrschaft über die Sache, daß es veräußert werden kann, sowohl gänzlich, durch Aufgeben des Eigenthums und Uebertragung an einen Andern, als partiell durch Absonderung eines Bestandtheils, deren Resultat eine Beschränkung ist, die der Eigenthümer seinem Recht auferlegt (§. 243). Aber auch diese Befugniß zu veräußern kann durch rechtliche Vorschrift beschränkt sein, es giebt Eigenthümer, denen die Veräußerung verboten ist, mit der Wirkung der Nichtigkeit eines solchen Versuchs, Verbote, durch die das Recht die Ansprüche gewisser Personen sichern will, an welche künftig die Sache fallen soll.[hh])

CCXXXII. Aus der Totalität des Eigenthums folgt, daß nicht Mehrere Eigenthümer derselben ganzen Sache sein können. Kommen

l. XII tab. de tigno iuncto commentatio 1837, vgl. Puchta, über die a. de t. i., Kleine civil. Schriften. 1851. S. 392 ff.

ee) Schon die XII Tafeln enthielten dieses Verbot, Cic., de legib. II. 23 Unter den Imperatoren wurde es auf das ganze Reich ausgedehnt, L. 3 §. 5 D. de sepulcro viol. (47, 12), Paul. I. 21, 2. 3. Noch in die Rubrik der vorher erwähnten Beschränkungen dagegen gehört das Verbot der Zwölf Tafeln, einen Todten näher als sechzig Fuß an fremden Gebäuden ohne Zustimmung des Eigenthümers zu verbrennen, Cic. de leg. II. 24.

ff) Diese Speculationen hatten seit August sehr überhand genommen, da an vielen älteren Gebäuden Kunstwerke waren, die getrennt davon mehr Liebhaber fanden; der Senat fand sich dadurch bewogen, mit jenem Verbot dagegen einzuschreiten, L. 52 D. de contr. emt. (18, 1), L. 41 §. 1. 8. 9 D. de leg. I (30). L. 48 D. de damno inf. (39, 2), s. Bd. 1 §. 108 Note b.

gg) L. 3. 6 C. de metall. (11, 6.)

hh) So das Verbot der Veräußerung des fundus dotalis durch den Ehemann, der vermachten Sache durch den mit dem Vermächtniß Onerirten, auch wenn er für jetzt Eigenthümer derselben ist. (Die ältesten, freilich vorübergehenden Veräußerungsverbote enthielten die leges agrariae, Bd. 1 §. 72: die lex sempronia Appian. B. C. I. 27, iulia id. III. 2, 7. R.)

daher mehrere Eigenthümer derselben Sache vor, — wobei wir von dem Fall absehen müssen, wo jedem ein körperlicher Theil gehört, da es hier in der That um verschiedene Sachen sich handelt, die nur noch äußerlich zusammenhängen (Eigenthum pro diviso §. 231, 1), — so kann dieß nur so gedacht werden, daß das Eigenthum eines jeden sich auf einen ideellen Theil ausschließlich bezieht, der diesem Eigenthümer allein gehört, nur daß sich, da der Theil bloß iuris intellectu besteht, seine Gränzen nicht an der Sache selbst, also körperlich, aufzeigen lassen (§. 222).[a]) Dieses Verhältniß heißt Miteigenthum, Condominium. Keiner der Miteigenthümer kann daher für sich allein und ohne Zustimmung der andern eine Verfügung mit der Sache vornehmen, welche die Sache selbst (ganz oder zu einem körperlichen Theil) afficirt,[b]) dagegen ist auch jedem das Recht gegeben, die Aufhebung dieses Verhältnisses, also die Theilung, die Verwandlung des Eigenthums pro indiviso in ein Eigenthum pro diviso zu fordern.

In dem Eigenthum ist auch das Recht enthalten, die Sache zu besitzen, ja der Besitz als die totale factische ist eben von dem Standpunkt des Eigenthums aus die Ausübung dieses als der totalen rechtlichen Unterwerfung. Ist der Eigenthümer Besitzer, so ist Recht und Factum vereinigt, ist ihm der Besitz entzogen, so ist das Eigenthum verletzt, es wäre denn, daß der Besitzer ein anderes, gegen das Eigenthum wirksames Recht auf den Besitz hätte, ein Recht, welches dem Eigenthum nicht weicht, z. B. als Pfandgläubiger. Jene Verletzung veranlaßt den Anspruch auf gerichtlichen Schutz des Eigenthums, die

---

a) L. 5 §. 15 D. commod. (13, 6.)

b) L. 28 D. comm. divid. (10, 3.) Die Reparatur eines gemeinschaftlichen Hauses macht eine Ausnahme, die durch eine oratio D. Marci im öffentlichen Interesse eingeführt worden ist. Jeder Theilhaber kann die nöthige Reparatur vornehmen, seine Auslagen müssen ihm von den andern Theilhabern pro rata innerhalb vier Monaten ersetzt werden, und zwar mit Zinsen zu 12 Procent. Die Verzinsung hört mit diesem Termin auf, zugleich aber gehen, wenn er will, die Eigenthumsantheile der Säumigen auf ihn über, L. 4 C. de aedif. priv. (8, 10), L. 52 §. 10 D. pr. soc. (17, 2.) Die Verordnung hängt mit andern, die Darlehen zur Wiederherstellung von Gebäuden begünstigenden zusammen, L. 24 §. 1 D. de reb. auct. iud. poss. (42, 5), L. 1 D. in quib. caus. pignus tacite contr. (20, 2); sie scheinen durch einen Austritt der Tiber, der damals einen großen Schaden an Gebäuden angerichtet hatte, veranlaßt zu sein, Capitolin. Marc. 8.

Eigenthumsklage, und bestimmt zugleich den Beklagten, der eben der Besitzer ist.[c])

Die Eigenthumsklage wegen Besitzentziehung heißt vindicatio rei. Sie setzt daher voraus, daß der Kläger nicht Besitzer ist,[d]) und davon läßt sich nicht wohl eine Ausnahme denken.[e]) Daher kann die

---

c) L. 25 D. de O. et A. (44, 7): — in rem actio (in diesem besonderen Sinn) est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet —. Die Selbsthülfe durch gewaltsame Wegnahme der Sache ist verpönt, der Eigenthümer soll das Eigenthum dadurch an den Besitzer, gegen den er statt des gerichtlichen jenen Weg eingeschlagen hat, verwirken, ist er nicht einmal wirklich Eigenthümer, den Werth der Sache als Strafe entrichten, in beiden Fällen hat der gewaltsam entsetzte Besitzer eine Klage auf Wiedererlangung des Besitzes, L. 7 C. unde vi (8, 4).

d) §. 2 I. de action. (4, 6), L. 1 §. 7 D. uti possid. (43, 17,) Daher konnte sogar die Frage entstehen, ob der Besitzer, wenn er die Sache vindicire, nicht eben damit den Besitz aufgegeben habe, was nur darum geläugnet wird, weil aus der Anstellung der Klage doch nicht mit Sicherheit auf einen wirklichen animus non possidendi geschlossen werden kann, L. 12 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2.)

e) Dessenungeachtet sagt §. 2 I. de action. Eine Ausnahme komme vor: — sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit. Sicherlich bezieht sich dieß auf die Theorie von dem gleichzeitigen Besitz Mehrerer an derselben Sache, von welcher auch in den Digesten noch Spuren vorkommen, obwohl sie in einer Stelle auf das entschiedenste verworfen ist (§. 229). Dem Geber eines Precariums läßt sich die rei vindicatio nicht absprechen, nach L. 15 §. 4 D. de precar. (43, 26) soll er aber noch Besitzer sein. Ja L. 3 pr. D. uti possid. (43, 17) erklärt aus jener falschen Theorie heraus: wenn ich ex iusta causa besitze (also z. B. als Eigenthümer), mein Gegner vi oder clam, aber nicht von mir, so hat das interdictum uti possidetis keine Wirkung, neuter nostrum vincetur; also bin ich auf die rei vindicatio verwiesen, und besitze doch, nämlich nach jener Theorie. Dieß ist also der unus casus, der in den Digesten steht; daß er nur nach einer verworfenen Ansicht existirt, kann seine Anführung in den Institutionen nicht auffallender machen, als die Aufnahme jener Stellen in den Digesten. (Die bisherigen Ansichten über die Institutionenstelle hat zuletzt recensirt Francke, probabilium de uno casu etc. part. 1. 1839, der selbst an der Auffindung der den Verfassern der Inst. vorschwebenden Pandektenstelle verzweifelt, und daher glaubt, es sei irgend ein Fragm. gemeint, das nachher nicht aufgenommen worden sei. Fritz, über den im §. 2 I. de act. erwähnten unus casus, Zeitschr. für Civilrecht und Proceß, neue Folge I Num. 2 [1844] kehrt zu der Ansicht des Accursius zurück, nach welcher der unus casus der im L. 9 D. de R. V. [6, 1], L. 7 pr. D. usufr. quemadm. [7, 9] erwähnte Fall ist, wenn der juristische Besitzer, der durch einen Andern besitzt, gegen diesen die Vindication anstellt. Dagegen versucht Zimmermann, das. XI. 8, eine Beziehung auf den fictus possessor, wogegen sich wieder Fritz, das. XVIII. 21, XIX. 1, erklärt, Bekker, Jahrb. III S. 130 f. auf das liberale iudicium, Andere wieder anders, vgl. Vangerow, §. 332 a. E. Eher würde die für Institutionen geradezu unverantwortliche Dunkelheit der Stelle verschwinden durch

Klage auch nicht gegen den natürlichen Besitzer von dem, in dessen Namen jener besitzt, so lange dieß wirklich der Fall ist, angestellt werden, nur freilich steht es hier in dem Belieben des Eigenthümers, dieses Hinderniß durch den animus non possidendi zu entfernen.[f]) Der Beklagte ist der Besitzer, und es ist gleichgültig, aus welcher Causa er besitzt; die Causa kann ihm vielleicht eine Exceptio geben, z. B. wenn er als Faustpfandgläubiger das Recht zu besitzen behauptet, aber von der Uebernahme der Klage befreit sie ihn nicht; es ist auch nicht nöthig, daß er sich selbst das Eigenthum nicht zuschreibt. Denn schon die Thatsache seines Besitzes selbst verletzt das Eigenthum. So kann es denn auch keinen Unterschied machen, ob er juristischer oder natürlicher, Besitzer in eignem oder in fremdem Namen ist. Es gab indessen einige römische Juristen, unter ihnen Pegasus, die behaupteten, nur der juristische Besitzer könne belangt werden, eine Ansicht, die ohne Zweifel von den Meisten verworfen wurde.[g]) Vielleicht war dieß eine Lehre, die sich aus der Nothwendigkeit der Contravindication bei der Legis Actio herschrieb, wobei auch der Beklagte die Sache sein nannte (§. 161), oder man gieng überhaupt von der Idee aus, die Veranlassung der Klage sei ein Streit um das Eigenthum, das sich jede Partei zuschreibe (wobei übrigens nicht einmal jeder juristische Besitzer als der geeignete Beklagte erscheinen würde), statt sie der Wahrheit gemäß in der Verletzung des Rechts zu suchen. Der Grundsatz, daß der natürliche Besitzer belangt werden kann, ist auch durch das Gesetz Constantin's nicht aufgehoben worden, nach welchem bei unbeweglichen Sachen der belangte Detentor den anzeigen soll, in dessen Namen er besitzt (s. g. nominatio oder laudatio auctoris), damit dieser herbeigezogen werde, um statt seiner die angestellte Klage bei demselben Gericht zu übernehmen.[h]) Denn die Klage wird nicht zurückgewiesen, es tritt nur der für die definitive Beendigung des Rechtsstreites geeignetere Vertheidiger in den erhobenen Proceß ein.

---

die Zurückführung derselben auf die Negatoria, für die sich schon Cujacius entschied, vgl. Schrader, ad §. 2 I. cit. R.)

f) Daher die Vindication z. B. gegen den Usufructuar (unter dieser stillschweigenden Voraussetzung) zugelassen wird, L. 7 pr. 12 D. usufr. quemadm. cav. (7, 9.)

g) L. 9 D. de R. V. (6, 1.)

h) L. 2 C. ubi in rem actio (3, 19.) Auf dieses Gesetz bezieht sich die

Uebrigens kann niemand unbedingt genöthigt werden, die Klage zu übernehmen, sofern er nur als Besitzer belangt wird. Wenn er erklärt, er besitze nicht (oder wenn er die vorgeschriebene Caution [i]) zu geben verweigert), so wird der Kläger in den Besitz gesetzt, und jener ist somit von der Klage frei. [k]) Umgekehrt kann jemand die Klage übernehmen, ohne Besitzer zu sein, indem er sich für den Besitzer ausgiebt, und dem zu Folge litem mit dem Kläger contestirt. Ein solcher „qui liti se obtulit" haftet eben so, wie wenn er Besitzer wäre, und die Klage hat gegen ihn denselben Verlauf. [l]) Seit Hadrian, der durch ein S. C. (von den Neuern Iuventianum genannt) festsetzte, daß in hereditatis petitionem dolus praeteritus veniat, ist durch Uebertragung dieser Bestimmung auf die rei vindicatio auch für diese der Rechtssatz geltend geworden, daß sie gegen

---

Titelüberschrift im theodosischen Codex, II. 5: de dominio [offenbar ist zu lesen: domino] rei quae poscitur vel consortibus ab eo, cui denuntiatum fuerit, postulandis, nach welcher die Nomination eigentlich domini postulatio heißen müßte. — Die Herbeiziehung der consortes, d. h. der übrigen Theilnehmer an demselben Landloose, ist von Julian wieder aufgehoben. R.)

i) (Diese war im Proceß per formulam petitoriam die cautio iudicatum solvi nach folgendem Formular: quod fundum capenatem a te [procuratore, cognitore tuo) petiturus sum, si ea res secundum me heredemve [cognitorem, procuratorem] meum a Sempronio iudice quive in eius locum substitutus erit iudicata erit, neque restituatur, aut quamdiu res defendi potuerit, boni viri arbitratu non defendatur, cui rei dolus malus aberit afuerit, quanti ea res est, tantam pecuniam dare spondes? Vgl. L. 2 §. 2 D. de stip. praet. (46, 5), L. 3 pr. §. 9, L. 13 §. 1, L. 15. 19 §. 1—20. D. iud. solvi [46, 7], L. 69. 158 D. de V. S. [50, 16.] Die clausa doli heißt novissima [die Schlußclausel], daraus folgt nicht, daß sie die jüngste war, wie Wetzell, Vindicationsproceß S. 200 Note l annimmt. Auf ihr beruht die Entschädigung für arglistiges Aufgeben des Besitzes, arglistige Uebernahme des Processes, dolose und culpose Deteriorationen und Vernachlässigung der Früchte. Die stipulatio pro praede litis vindiciarum wich besonders am Schluß in der Erwähnung der Restitution der Sache mit doppelten Früchten ab. Paul. V. 9. §. 2. Im justinianischen Proceß ist die Cautio iudicatum solvi nicht mehr gebräuchlich und sämmtliche aus ihr hervorgehende Verpflichtungen sind gesetzliche. R.)

k) L. ult. D. de R. V. (6, 1), vgl. §. 173 Note l. Zur Zeit der römischen Juristen geschah dieß mittelst eines dem Kläger auf Erlangung (oder, wenn er schon einmal Besitzer gewesen war, auf Wiedererlangung) des Besitzes gegebenen Interdicts: quem fundum (vgl. §. 225 Note d), welches in dem von Endlicher entdeckten Institutionenfragment Ulpian's und in fragm. vat. 92 vorkommt. Vgl. Rudorff, über das interdictum quem fundum und die demselben nachgebildeten Rechtsmittel, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IX. 2.

l) L. 25. 26. 27 pr. D. de R. V. (6, 1.)

den angestellt werden kann, der besessen und in böslicher Absicht sich des Besitzes entäußert hat: qui dolo desiit possidere; dieß soll ihn nicht von der Vindication befreien: dolus pro possessione est.[m])

Die rei vindicatio hat die Restitution des Besitzes an den Kläger zum Zweck, aber nicht bloß die Restitution der Sache selbst, sondern der res cum omni causa, d. h. mit allem dem, was der Kläger gehabt hätte, wenn ihm ohne Proceß restituirt worden wäre.[n]) Dahin gehört der Ersatz der Beschädigungen, welche die Sache durch Schuld des Besitzers erlitten hat, anderer Nachtheile, die durch die Vorenthaltung der Sache verursacht sind,[o]) insonderheit auch Herausgabe oder Erstattung der Früchte, die der Besitzer gezogen hat, oder die hätten bezogen werden können (fructus percipiendi).[p]) Immer kann der Kläger das verlangen, was er gehabt hätte, wenn ihm zur Zeit der Litiscontestation die Sache restituirt worden wäre, und dieß gilt sowohl von den Früchten, die ihm seit dieser Zeit vollständig werden müssen, selbst von dem bonae fidei possessor, mögen sie seit dieser Zeit erst oder auch vorher schon entstanden, aber zur Zeit der L. C. noch vorhanden gewesen sein (fructus extantes), als auch von der Sache selbst, deren Verlust oder Untergang nach der Litis-

---

m) L. 27 §. 3, L. 36 pr. D. eod., L. 131. 157 §. 1 D. de R. I. (50, 17.) Man hat diese Personen, die wie Besitzer haften, ohne es wirklich zu sein, ficti possessores genannt.

n) L. 75 D. de V. S. (50, 16): restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset. — Genauer gesagt ist diese Restitution der Zweck der Vindication bei der formula petitoria (§. 168), welche arbitraria ist, und wo in demselben Judicium über das Eigenthumsrecht und die folgeweise nothwendige Restitution entschieden wird. Anders bei der alten Vindication im Weg der Legis Actio (§. 161). Hier entschied das Judicium zunächst nur über das Eigenthum. Gieng nun dieses Urtheil gegen den, welcher die vindiciae erhalten hatte, so war ein zweites nöthig, um jenem gemäß die Sache und die Früchte zu erlangen, nach den XII Tafeln wurden hier arbitri bestellt, die den der Restitution sich weigernden (oder auch sie unmöglich machenden) Beklagten in das duplum condemnirten, Festus v. vindiciae (si vindiciam falsam tulit, si velit is, *qui vicit*, *praetor* arbitros tres dato, eorum arbitrio *neglecti* fructus duplione damnum decidito; nach der Restitution von Wetzell, Vindicationsproceß S. 31. R.), vgl. Paul. R. S. I. 13[b] §. 8 V. 1 §. 2, L. Rom Burg. tit. 34. L. 3 D. de litigios. (44, 6), L. 1 pr. C. Th. de usur. rei ind. (4, 19.) Auch bei der in rem actio per sponsionem (§. 168) war beides, Proceß über das Eigenthum und Restitutionsverfahren, getrennt, in der formula petitoria ist es vereinigt.

o) L. 81 D. de V. S. (50, 16), L. 13 D. de R. V. (6, 1.)

p) L. 33 D. de R. V. (6, 1.)

contestation also den Beklagten nicht befreit, wenn er nicht eben so auch bei dem Kläger erfolgt wäre, insbesondere haftet der Besitzer für den Untergang oder Schaden, der durch Dolus oder Culpa von ihm veranlaßt ist.[q] Bei dem malae fidei possessor aber wird noch weiter zurückgegangen, bis auf den Anfang seines Besitzes; von dieser Zeit an haftet er für die Sache und für die Früchte, percepti und percipiendi, extantes und consumti.[r] Siegt nun der Kläger und der Beklagte restituirt nicht nach dem Arbitrium des Richters (denn die Klage ist eine arbitraria actio), so wird er in den Werth des zu Restituirenden condemnirt, soweit nicht eine directe Befriedigung des Klägers mittelst Wegnahme der Sache durch obrigkeitliche Hülfe (die wenigstens das spätere Recht zuläßt) möglich ist und von dem Kläger vorgezogen wird. Der Werth wird aber auf verschiedenem Weg bestimmt, jenachdem die Restitution in natura 1) wegen Ungehorsams des Beklagten nicht erfolgt, oder durch seinen Dolus

---

q) L. 35 D. de V. S. (50, 16), L. 13. 15 §. 1. 3, L. 10. 21. 36, §. 1 D. de R. V. (6, 1.)

r) §. 2 I. de off. iud. (4, 17), L. 22 C. de R. V. (3, 32.) Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bonae fidei vero extantes, post autem litis contestationem universos. (Eine mildere Ansicht in Rücksicht der fructus percipiendi vertheidigen für das Justinianische Recht Madai, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. XI. Num. 1. Wetzell, Vindicationsproceß S. 163 u. 170, 246 f., weil in L. 2 C. eod. die strengen Bestimmungen Valentinian's, L. 1 C. Th. de fruct. [4, 18] gegen den Prädo weggelassen sind. Für das ältere Recht ist die Sache außer Zweifel. Selbst vom unredlichen Besitzer konnten nur die vorhandenen Früchte vindicirt werden, die consumirten mußten ex iniusta causa condicirt werden. Seit dem S. C. Iuventianum nimmt die Vindication — quia dolo desiit possidere — auch diese Condiction in sich auf. L. 15 D. de usur. [22, 1.] Für die nicht percipirten Früchte [fructus neglecti] haftet der Besitzer nur in der Erbschafts-, nicht in der Eigenthumsklage per formulam petitoriam. Erst nach der Litiscontestation tritt vermöge der clausula doli [Note i] eine strengere Verpflichtung beider Besitzer ein. Selbst der b. f. possessor haftet jetzt, da er dolum malum abesse *et absuturum esse* cavirt, auch für die Früchte, welche er bis zum Urtheil hätte ziehen können, wenn er den Besitz der Hauptsache nicht während des Processes aufgegeben hätte. L. 33, vgl. L. 79 D. de R. V. [6, 1], der unredliche Besitzer sogar für die, welche der Kläger gewonnen haben würde. L. 62 §. 1 D. de R. V. [6, 1.] Die Frage: ob auf den Kläger oder den Beklagten gesehen werden müsse? Heimbach, Lehre von der Frucht S. 168—170. 174, hätte gar nicht gestellt werden sollen. Die Behauptung: die Früchte müßten vorhanden gewesen sein, würde consequent zu einer Verpflichtung des Besitzers führen, für die Aernte, nicht aber für die Saat einzustehen: Savigny, System VI S. 116. R.)

unmöglich geworden ist, oder 2) ihre Unmöglichkeit nicht durch seinen Dolus verursacht ist, ohne daß sie ihn jedoch von der Restitution befreit. Dort bestimmt der Kläger den Betrag seines Interesses durch Eid (iusiurandum in litem), hier muß er durch die gewöhnlichen Beweismittel dargethan werden.[s]) Wenn der Beklagte in dieser Weise die litis aestimatio bezahlt, so wird er, wenn er besitzt oder den Besitz der Sache erlangt, als Eigenthümer behandelt, nur mit Ausnahme dessen, der sich dolose des Besitzes entäußert und dadurch die Restitution in natura unmöglich gemacht hatte, doch wird auch dieser wenigstens gegen die Vindication des Klägers geschützt, wenn er nachher den Besitz wieder erhält.[t])

Den Ersatz der Verwendungen, die der Beklagte auf Sache oder Früchte gemacht, kann er durch eine exceptio doli gegen die Vindication fordern, doch hängt dieß theils von der Beschaffenheit der Verwendungen, theils von seiner Eigenschaft als Besitzer in gutem oder bösem Glauben ab. Eine dreifache Art von Verwendungen giebt es:[u]) solche, ohne die der Gegenstand nicht oder nicht in seiner Integrität existiren würde (impensae necessariae), und dahin kann auch der Kaufpreis gehören, den der Besitzer für die Sache gegeben, wenn er sie durch den Kauf dem Eigenthümer erhalten hat; solche, die wenigstens den Ertrag der Sache erhöhen (impensae utiles); alle andern, sofern sie überall der Sache zu Gute kommen, fallen unter die Classe der impensae voluptariae. Dem Dieb nun brauchen gar keine Verwendungen ersetzt zu werden, alle, die er gemacht hat, kommen dem Eigenthümer zu Gute.[v]) Ein sonstiger malae fidei possessor hat die exceptio wegen impensae necessariae, wegen der übrigen hat er nur das Recht, sie wieder wegzunehmen, soweit dieß ohne Nachtheil für den früheren Zustand der Sache möglich ist, und selbst dieß kann der Eigenthümer verhindern durch den Ersatz des Werths, den sie nach der Wegnahme haben.[w]) Der bonae fidei possessor endlich hat die exceptio wegen impensae necessariae und utiles, doch mit Anrechnung der von ihm gewonnenen

s) L. 68 D. de R. V. (6, 1.)

t) L. 46. 47. 63. 69. 70 D. eod.

u) Vgl. L. 1—7. 14 D. de impensis in res dot. (25, 1), L. 79 D. de V. S. (50, 16.)

v) L. 1 C. de infant. expos. (8, 52), L. 13 D. de cond. furt. (13, 1.)

w) L. 5 C. de R. V. (3, 32), L. 38 D. eod. (6, 1.)

(also vor der Litiscontestation consumirten) Früchte, in Beziehung auf impensae voluptariae hat auch er nur jenes ius tollendi.[x])

Mit der Klage, von der bisher die Rede war, ist der Schutz des Eigenthums noch keineswegs erschöpft. Die Vindication der Sache setzt eine Entziehung und Vorenthaltung des Besitzes voraus; es giebt noch andere Verletzungen des Eigenthums, diese fordern, daß eine zweite Eigenthumsklage neben jene tritt. Es kann sein, daß jemand etwas mit der Sache vornimmt, wodurch er nicht wie bei dem Besitz das Eigenthum überhaupt, aber die von dem Eigenthümer behauptete Unbeschränktheit desselben, die libertas rei, angreift, z. B. er maßt sich an, über das Grundstück zu gehen, oder sonst partiell auf die Sache einzuwirken. Nun giebt es Rechte, die eine Beschränkung des Eigenthums in dieser Art enthalten (die Servituten), daher klagt der Eigenthümer, der die Unbeschränktheit seines Eigenthums gegen solche Anmaßungen vertheidigen will: daß dem Beklagten kein Recht zustehe, dieß zu thun: ius illi non esse ire agere, parietem ita proiectum in suum habere, uti frui invito se, und die Klage hat darum den Namen negativa oder negatoria in rem actio.[y]) Aus dieser Fassung der Klage darf man nicht schließen, 1) daß sie nur gegen den zulässig sei, der ein Servitutrecht zu haben behaupte, dieß ist so wenig der Fall, als die rei vindicatio nur gegen den geht, der sich das Eigenthum zuschreibt, so wie hier der Besitz, so genügt dort der äußere Act oder Zustand, welcher der Unbeschränktheit des Eigenthums widerspricht;[z]) 2) daß der Grund der Klage die Nichtberech-

x) L. 27 §. 5, L. 28. 29. 38. 48 D. eod.

y) Gai. IV. 3, §. 2 I. de action. (4. 6), L. 5 pr. D. si ususfr. pet. vel ad alium pertinere negetur (7, 6), L. 2 pr. 13 14 §. 1 D. si serv. vind. vel ad al. pert. neg. (8, 5.) Man muß sie nicht verwechseln mit der Klage aus einer negativen Servitut, die eben so gefaßt ist, L. 17 §. 1 D. eod.

z) (Die entgegengesetzte Meinung ist am besten vertheidigt von Schmidt [von Ilmenau], Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XV S. 170—175 [1849.] R.) Wenn mit der Anmaßung des Beklagten zugleich eine Detention der Sache verbunden ist (wie sie bei den Personalservituten stattfindet), wird von der Causa dieser Detention die Anwendbarkeit der rei vindicatio abhängen. Detinirt der Beklagte als Usufructuar im Namen eines Andern, so ist die Vindication zulässig, nicht, wenn er im Namen des Kläger detinirt, also diesen als Eigenthümer anerkennt, es wäre denn, daß der Kläger dieses Detiniren in seinem Namen nicht genehmigte, also den animus non possidendi hätte. Die Negatoria aber ist in beiden Fällen anwendbar, denn diese kann auch der Besitzer anstellen, §. 2 I. de action. (4, 6.)

tigung des Gegners sei, oder, wie man dieß wohl beschönigend ausgedrückt hat, die Unbeschränktheit oder Freiheit des Eigenthums; eine Negation (und lediglich eine solche enthält auch der letztere, nur scheinbar positive Ausdruck) kann nicht der Grund einer Klage sein; die Unbeschränktheit des Eigenthums wird durch die Negatoria vertheidigt, aber sie ist so wenig ihr Grund, als die Befugniß zu besitzen der Grund der rei vindicatio.[aa])

Der Kläger fordert mit der Negatoria Restitution, wenn die Aufhebung der Verletzung eine solche voraussetzt, z. B. Restitution der Sache, wenn der Beklagte sich den Ususfructus angemaßt hat, Entfernung der Vorrichtung, die den Kläger beeinträchtigt; und in dieser Restitution ist auch der Ersatz des Nachtheils, den der Kläger schon erlitten hat, enthalten; sodann Unterlassung künftiger Beeinträchtigung, welcher zweite Zweck durch eine Caution (Stipulation) erreicht wird, durch die der Beklagte die Unterlassung verspricht, und aus der bei wiederholter Störung der Kläger eine Klage auf die für diesen Fall versprochene Strafe oder auf das Interesse hat. Weigert sich der Beklagte auf das Arbitrium des Richters der Restitution oder Caution, so wird er dem Kläger in das Interesse condemnirt, dessen Betrag dieser durch iusiurandum in litem bestimmt.[bb])

CCXXXIII. So entspringen also aus dem Eigenthum zwei

aa) (Dagegen paßt die Negatoria in der That nicht, wenn der Andere wirklich ein Recht hat, welches er nur gegen unsern Willen nicht ausüben darf: gegen meinen Socius z. B. kann ich nicht klagen: ius illi non esse aedificandi, oder [nach vollendetem Bau] aedificatum habere, da er als Eigenthümer so gut auf dem gemeinschaftlichen Grunde bauen darf, als ich, ich muß daher [vorher] klagen: entweder ius illi non esse *invito me* aedificandi, oder mihi ius esse *prohibendi:* L. 11. 17 pr. D. si serv. [8, 5], L. 28 D. comm. div. [10, 3], L. 21 pr. de O. N. N. [39, 1.] Eben so gegen den Usufructuar, der, weil er nicht de damno infecto cavirt, seinen Nießbrauch ohne meinen Willen nicht ausüben darf. L. 5 D. si ususfr. [7, 6.] Bei negativen Servituten kann übrigens auch die Confessoria dieselbe Gestalt annehmen, ich kann aus der servitus altius non tollendi gegen den Eigenthümer klagen: ius ei non esse altius aedificare und aedificatum habere *invito me*, L. 2 D. de O. N. N. [39, 1]; L. 17 §. 1 D. si serv. [8, 5.] Insofern ist Zachariä's Fassung: „die prohibitoria actio, eine Eigenthumsklage" [Zeitschr. für gesch. R. W. XII. 8] zu eng. Noch weniger kann diese prohibitoria actio für eine von der Negatoria materiell verschiedene Klagen gelten, wie derselbe Gelehrte auf Grund eines von ihm mitgetheilten Scholiums des Stephanus behauptet. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 154. R.)

bb) L. 7. 12. 14 pr. D. si serv. vind. (8, 5), L. 4 §. 2 eod., L. 5 §. 6 D. si ususfr. pet. (7, 6.) L. 8 C. de serv. (3, 34.)

Klagen, die sich nicht in ihrem Grund, sondern in ihrer Veranlassung, und damit auch in ihrem Zweck unterscheiden. Der Unterschied der Veranlassung, wie sie im vorigen Abschnitt näher auseinandergesetzt ist, läßt sich kurz so bezeichnen: ist eine totale Verletzung eingetreten, so ist die Klage rei vindicatio, ist die Verletzung nur eine partielle, die negatoria actio.

Da diese Klagen nicht in ihrem Grunde sich unterscheiden, so ist auch der Beweis, der dem Kläger obliegt, in beiden derselbe: der Kläger hat das Eigenthum, wenn es ihm verneint wird, zu beweisen. Bei beiden Klagen wird er, nach den Grundsätzen von der Beweislast (§. 174 Note z), wenn er diesen Beweis nicht führt, abgewiesen, wenngleich auch der Gegner nichts bewiesen hätte.[a]) Der Irrthum, gegen den vorhin gewarnt worden ist, als sei die Freiheit des Eigenthums der Grund der Negatoria, hat viele neuere Juristen zu der Behauptung verleitet, diese Freiheit, also die Nichtexistenz eines Rechts des Beklagten müsse der Kläger beweisen. Man hat nachgerade wohl die Verkehrtheit dieses Resultats eingesehen, nur hat eine Stelle der Digesten, die man ungezwungen nicht anders erklären zu können glaubte, Schwierigkeit gemacht. Diese Schwierigkeit erledigt sich durch folgende Erwägung. Auch bei der Negatoria trifft den Kläger die Beweislast, nämlich eben in Beziehung auf sein Eigenthum, wenn es der Beklagte verneint. Wenn sich daher z. B. mein Nachbar das Recht anmaßt, einen Balken in meine Mauer einzulegen, so ist es mir vortheilhaft, ihn zu nöthigen, gegen mich als Kläger (aus seinem angeblichen Servitutrecht) aufzutreten, in welchem Fall ich des Beweises meines Eigenthums überhoben bin. Ich kann ihn aber dazu nöthigen, wenn er noch nicht im Besitz jener Servitut ist. Ist er im Besitz, so bleibt mir nichts übrig, als mit der Negatoria zu klagen, und hier bin ich seiner Verneinung meines Eigenthums, und also der Beweislast ausgesetzt.[b])

---

a) L. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7, 6.)

b) L. 8 §. 3 D. si serv. vind. (8, 5): Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat (vgl. §. 174), sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sint immissa, eum qui negat. Man sieht, es ist von der Beweislast (und zwar in dem vorzüglichen Sinn: wen zuerst die Beweislast treffe) die Rede, mit keinem Wort aber davon, was bewiesen werden müsse. Man hat sich noch auf eine andere Stelle berufen: L. 15 D. de O. N. N.

Der Beweis des Eigenthums wird geführt durch den Beweis seiner Erwerbung (§. 174 Note bb), also einer Erwerbsart mit allen den Momenten, welche für ihre Wirksamkeit, den Kläger zum Eigenthümer zu machen, erforderlich sind, soweit sie nicht vermuthet werden. Der gewöhnlichste Fall der Erwerbung des Eigenthums ist der derivative, Erwerbung durch Succession (§. 198), hier hat der Kläger nicht bloß den Successionsact mit seinen Erfordernissen, z. B. die Mancipation, die Tradition mit ihrer Causa (Kauf, Schenkung rc.), die Erbfolge u. s. f., sondern auch das Eigenthum dessen, von dem er das seinige ableitet (seines Auctors), zu beweisen, und bei diesem Beweis kann sich dasselbe wiederholen, so daß er auf das Eigenthum des Auctors seines Auctors zurückgehen muß und so weiter fort. Dieß macht nun den Beweis des Eigenthums nicht bloß schwierig, sondern es würde ihn unter Umständen, ja in den meisten Fällen, da die gewöhnlichsten Erwerbsarten Successionen sind, unmöglich machen, und ein Eigenthümer würde fast nie seines Eigenthums sicher und froh werden können, wenn nicht eben zu diesem Zweck eine eigene Erwerbsart bestünde, welche einen solchen Mangel der übrigen zuzudecken im Stande ist: die Ersitzung oder Usucapion.[c]) Wer die Sache unter gewissen Voraussetzungen, die für den Eigenthümer stets vorhanden und unschwer erweislich sein werden (ja unter Umständen bedarf es gar keiner weiteren Voraussetzungen), eine gewisse Zeit hindurch ununterbrochen besessen hat, der soll schon darum Eigenthümer sein, er bedarf keiner Ableitung seines Rechts von dem Eigenthum eines Andern mehr, er hat seinen Beweis vollständig geführt, wenn er die Usucapion bewiesen hat.[d])

Diese wichtige Erleichterung des Eigenthumsbeweises setzt nun aber freilich den Ablauf der Zeit und die ununterbrochene Fortsetzung des Besitzes während derselben voraus. Sie nützt dem nichts, der in dem Fall ist, die Eigenthumsklage vor der Vollendung der Usu-

(39, 1); diese würde sich auch wohl auf ähnliche Weise erklären lassen, aber sie handelt überdieß gar nicht von der Negatoria, s. noch unten §. 253 a. E.

c) L. 1 D. de usurp. (41, 3): Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent —.

d) Das neuere Recht hat die Usucapionszeiten verlängert, dagegen hat es auf der andern Seite ihre Vollendung erleichtert durch eine allgemeine Zulassung der accessio possessionis, s. unten §. 239.

capion anzustellen. Aber auch dafür ist, soweit es gerecht erschien, gesorgt worden. Der Prätor nämlich hat dem, welcher die Usucapion angefangen, aber noch nicht vollendet hat, eine Klage gegeben, bei welcher der Richter angewiesen wird, unter jener Voraussetzung ganz so zu verfahren und zu urtheilen, wie wenn der Kläger die Usucapion vollendet, also sein Eigenthum bewiesen hätte. Diese Klage heißt von ihrem Urheber publiciana in rem actio.[e]) Sie hat Veranlassung und Zweck, und daher auch die Grundsätze über den Beklagten mit der Eigenthumsklage gemein, und ist insofern geeignet, diese zu ersetzen,[f]) denn sie ist nichts anderes als die Eigenthumsklage, durch Fiction auf die bonae fidei possessio ausgedehnt. Ihr Unterschied, und damit auf der einen Seite ihr Nutzen, auf der andern eine Beschränkung ihrer Wirksamkeit, liegt in ihrer Begründung, daher auch in dem Beweis, der dem Kläger obliegt. An die Stelle des Eigenthums tritt bei ihrer Begründung der Usucapionsbesitz, nach dem prätorischen Edict der durch Tradition erworbene (Note e), nach der Interpretation desselben jeder Usucapionsbesitz,[g]) ja wenn irgend eine Eigenthumserwerbsart von der Beschaffenheit ist, daß sie die Erwerbung des Besitzes nicht erheischt, so wird die Klage, auch ohne daß der Kläger je Besitzer war, gegeben,[h]) nur darf die Sache nicht eine von der Erwerbung durch Usucapion aus-

e) Dig. VI. 2: de publiciana in rem actione. Das Edict lautet in den Digesten so: Si quis id, quod traditur ex iusta causa, non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo. Die Formel der Klage giebt Gaius IV. 36: si quem hominem A. A. emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a. eius ex iure quiritium esse oporteret —. In der Vindication war die causa petendi nicht ausgedrückt, §. 165 q. R.)

f) L. 7 §. 8 D. de publ. act. (6, 2): In publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

g) L. 1 §. 2, L. 3 pr. 13 pr. D. eod So wird in L. 7 §. 2 eod. daraus, daß, wer von einem Furiosus kaufe, ohne Kenntniß seines Wahnsinns, usucapiren könne (s. unten §. 239 Note cc) als nothwendig gefolgert, daß er auch die Publiciana habe. Damit steht denn auch nicht in Widerspruch L. 2 §. 16 D. pro emt. (41, 4), wo derselbe Fall dahin entschieden wird, daß der Wahnsinnige, weil der Kauf nichtig sei, nicht als Auctor des Besitzers betrachtet werden könne, und dieß wird angewendet auf die Eviction, für die er nicht haftet, auf die Publiciana, gegen die er die exceptio dominii hat, auf die accessio possessionis, die aus seiner Person nicht stattfindet. Daraus ergiebt sich, daß in dieser Stelle von der Berechtigung zur Publiciana überhaupt (also auch gegen einen Dritten gar nicht die Rede ist.

h) L. 12 §. 1 D. de publ. act. (6, 2.)

geschlossene sein.[i]) Der Kläger braucht nur den Erwerb des Besitzes mit einer iusta causa, die zur Usucapion berechtigt, zu beweisen, überhaupt einen Act, der an sich geeignet ist, zum Eigenthümer zu machen (das Hinderniß der mala fides und der Usucapionsunfähigkeit der Sache muß der Beklagte beweisen, wenn er es behauptet), dadurch ist die Klage wichtig nicht bloß für den, dessen Eigenthum unerweislich ist, sondern auch für den, der allenfalls sein Eigenthum beweisen könnte, hier aber auf eine weniger umständliche Art zu demselben Ziel, wie mit der Eigenthumsklage, gelangt.

Aber führt die Publiciana auch stets zum Ziel, wie die Eigenthumsklage? Wäre dieß der Fall, so würde diese durch jene gänzlich absorbirt, es könnte von einer Eigenthumsklage nicht mehr die Rede sein.[k]) Dem ist nicht so. Vor allem ist die Wirksamkeit der Publiciana darin geringer, daß der (als Kläger oder Beklagter) Ueberwundene gegen seinen Gegner noch mit der Eigenthumsklage auftreten kann, ohne daß ihm die exceptio rei iudicatae entgegensteht, eben weil der Richter nicht über das Eigenthum gesprochen hat. Aber auch in Beziehung auf die nächste Wirkung, die Verurtheilung des Beklagten, steht sie zuweilen gegen die Eigenthumsklage zurück. Es sind drei Fälle zu unterscheiden:

1) Ist der Beklagte weder Eigenthümer noch Usucapionsbesitzer, so ersetzt sie vollkommen die Eigenthumsklage, man kommt mit ihr eben so gut zum Ziel, als mit dieser.

2) Ist der Beklagte Eigenthümer, stellt er also die exceptio: si ea res possessoris non sit (exceptio dominii) entgegen und beweist sie, so wird der Kläger abgewiesen;[l]) aber darum kann man nicht sagen, daß die Publiciana weniger wirksam ist, als die Eigenthumsklage, denn auch wenn der Kläger diese angestellt, sein Eigenthum bewiesen, der Beklagte aber den Gegenbeweis geführt hätte,

---

i) L. 9 §. 5 D eod. Wenn nur die eigentliche Usucapio ausgeschlossen, wohl aber die longi temporis possessio anwendbar ist, so findet die Publiciana Statt, L. 12 §. 2. 3 eod.

k) Es verdient fast nicht bemerkt zu werden, daß einige Schriftsteller eine solche vollständige Identität der Publiciana und der Eigenthumsklage für das justinianische Recht wirklich behauptet haben, aus einer erdichteten Geschichte des Eigenthums und einer falschen Interpretation einzelner Stellen (z. B. der in Note f citirten) heraus, die kaum unwissender und verkehrter gedacht werden kann.

l) L. 17 D. de publ. act. (6, 2.)

daß er selbst Eigenthümer sei, so würde jener eben so wie dort abgewiesen worden sein. Ja es kann sein, daß er mit der Publiciana ungeachtet der exceptio dominii durchdringt, wenn er nämlich eine Replik hat, mit der er diese entkräften kann. Dieß ist der Fall, wenn der Kläger (oder sein Auctor) die Sache von dem Beklagten (oder dessen Auctor) gekauft hatte, der damals nicht Eigenthümer war, aber es nachher geworden ist, hier hat er gegen die exceptio dominii desselben die replicatio rei venditae et traditae.[m]) So können ihm noch andere Gründe, aus denen der Eigenthümer verpflichtet ist ihm die Sache zu lassen, die replicatio doli geben, und daher der Publiciana ihren Erfolg sichern.[n]) Hier ist die Publiciana soweit entfernt, geringere Wirkung zu haben, als die Eigenthumsklage, daß vielmehr nur jene zum Ziel führt, denn würde der Kläger die letztere anstellen, so müßte er, da er das Eigenthum nicht beweisen kann, abgewiesen werden, wenngleich die Berufung des Beklagten auf sein Eigenthum zu beseitigen gewesen wäre.[o])

3) Ist der Beklagte selbst Usucapionsbesitzer, so siegt der Besitzer, der Publiciana steht die exceptio bonae fidei possessionis entgegen (in pari causa melior est conditio possidentis). Der Eigenthumsklage nicht, daher vertritt hier jene Klage keineswegs die Stelle der rei vindicatio. Doch giebt es einen Fall, wo die exceptio durch eine Replik beseitigt werden kann: wenn beide ihren Usucapionsbesitz von demselben non dominus ableiten, und der Kläger ihn früher erhalten hat. Er würde hier gegen jenen non dominus selbst mit einer Replik geschützt werden, und diese muß sich auch dessen Successor gefallen lassen.[p])

---

m) L. 4 §. 32 D. de doli exc. (44, 4), L. 2 D. de exc. rei vend. (21, 3.)

n) L. 28 D. de noxal. act. (9, 4.)

o) — actore enim non probante qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit, L. 4 C. de edendo (2, 1), vgl. L. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7, 6.) Auch setzt die replicatio doli eine *exceptio* dominii voraus, die Behauptung des mit der Eigenthumsklage Belangten aber, daß er, nicht der Kläger, Eigenthümer sei, ist keine Exceptio, sondern eine Negation, vgl. §. 170 Note bb.

p) Ulpian. L. 9 §. 4 D. de publ. act. (6, 2) nach Julianus. Eine andere Theorie stellt der Proculianer Neratius auf, L. 31 §. 2 D. de act. emti (19, 1), dieser will stets die Priorität des Besitzes entscheiden lassen, eine Ansicht, die in der That keinen innern Grund für sich hat. In der ersten Stelle ist übrigens ein möglicher Fall nicht entschieden, wenn nämlich die zwei von verschiede-

CCXXXIV. Bei Feldgrundstücken nimmt der Eigenthumsschutz unter gewissen Umständen eine besondere Gestalt an. Dieß ist der Fall, wenn die Gränzen anstoßender Güter bestritten sind; es ist dafür eine eigene, aus den Zwölf Tafeln stammende Klage bestimmt, welche die Vindication ersetzt: die actio finium regundorum.a)

Die rei vindicatio kann nicht bloß wegen eines ganzen Fundus, der im Besitz eines Andern ist, angestellt werden, sondern auch wegen eines einzelnen Stücks desselben (eines locus §. 223 a. A.), das aber, indem es zum Gegenstand einer selbstständigen Vindication gemacht wird, selbst den Charakter eines Fundus erhält.b) Diese Vindication setzt jedoch voraus, daß eine bestimmte Begränzung desselben angegeben wird. Der Kläger also, welcher behauptet, eine gewisse Stelle, die sein Nachbar als Theil seines Guts behandelt, gehöre vielmehr zu dem seinigen, sei also sein Grundstück, müßte dieses Stück bei der Vindication ganz genau bestimmen, und wenn er etwa zu viel angegeben hätte, würde er abgewiesen werden müssen, und hätte damit auch den Anspruch auf das ihm wirklich Gebührende verloren.c) Jener Anforderung zu genügen, wird aber bei Gränzstreitigkeiten dem, der sich durch Uebergriffe seines Nachbars

nen non domini ihr Recht herleitenden zu gleicher Zeit gegen einen dritten Besitzer klagen wollen und nun die Frage entsteht, mit welchem von ihnen dieser sich einlassen müsse. Für die Entscheidung dieser Frage glaubt man nun von der Ansicht des Neratius Gebrauch machen zu können. Dieß wäre aber wohl nicht anders zuläßig, als wenn dafür nicht eine weniger willkührliche Entscheidung gewonnen werden könnte. In dieser Extremität befinden wir uns nicht, da es gar nicht nothwendig ist, einem von beiden den Vorzug zu geben. Bleiben wir bei dem Grundsatz stehen, daß jeder gleiches Recht hat, so kann der Besitzer von keinem zur Einlassung genöthigt werden, wenn er nicht von ihm gegen die Möglichkeit einer doppelten Condemnation sicher gestellt wird. Um dieß zu bewirken, muß einer den andern abfinden, geschieht dieß nicht, so ist jeder zurückzuweisen und der zu erwarten, welcher mit der rei vindicatio aufzutreten vermag.

a) Zuletzt hat diesen Gegenstand behandelt und neue Aufschlüsse darüber gegeben Rudorff, über die Gränzscheidungsklage, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. X. 7. (Schriften der röm. Feldmesser II [1852] S. 433—445. Zusatz der 7. Ausgabe: Karlowa, Beiträge (1865) S. 142 f. R.)

b) L. 60 pr. D. de V. S. (50, 16.)

c) L. 7 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2): Si quis quum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet — — proinde et si proponis mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem petii, obstabit exceptio —. Die vindicatio incertae partis, die unter Umständen gestattet wird (§. 165 Note g), bezieht sich nur auf einen ideellen Theil, nicht auf einen locus.

für beeinträchtigt hält, sehr häufig nicht möglich sein, um daher solche Usurpationen durch Beschränkung des Verletzten auf die unter diesen Umständen mißliche Vindication nicht zu begünstigen, hat das Recht eine Klage wegen eines seinem Umfange nach noch unbestimmten Locus gegeben,[d]) und diese ist die actio finium regundorum, wie wir sie in den justinianischen Rechtsbüchern dargestellt finden.

Das iudicium finium regundorum findet Statt, wenn die Gränzen zwischen anstoßenden Feldgrundstücken (das confinium praediorum rusticorum) bestritten sind. Es fällt weg, wenn sie durch einen öffentlichen Weg oder Fluß geschieden sind.[e]) Der Zweck ist vor allem die Herstellung der wahren Gränzen, insofern vertritt die Klage die Vindication,[f]) wenn sie sich aber nicht nachweisen lassen, so hat der Richter das bestrittene Stück als gemeinschaftlich zu betrachten und wie bei einer andern Theilungsklage durch Adjudication zu theilen, womit sich auch Condemnationen wie bei den übrigen Theilungsklagen verbinden können (§. 167).[g]) Das Judicium ist daher auch duplex, keine Partei trifft vorzugsweise das onus probandi, und jede kann condemnirt werden (§. 175 Note d). Aber dieser Ausgang des Judiciums, daß der Richter das ungewisse Stück theilt und somit neue Gränzen constituirt, ist nur das äußerste, ohne größeren Nachtheil nicht zu umgehende Mittel, das Durchhauen des Knotens, der sich auf andere Art nicht lösen läßt. Die Ermittelung der wahren Gränzen ist die erste und eigentliche Aufgabe des Richters. Diese zu erleichtern, werden Einrichtungen getroffen werden, welche bestimmt sind, die Gränzen zu sichern, sie erkennbar zu machen, ihre Wiederauffindung, wenn eine Verdunkelung eingetreten ist, zu unterstützen. Auf dieses Bedürfniß nahmen die Römer von frühester Zeit an durch Gebrauch und Begünstigung künstlicher Gränzen Bedacht, die Gränzen zu bezeichnen, zu sichern, und zu ihrer Wiederauffindung mitzuwirken, war ein besonderer Beruf, die sich ihm unterzogen, hießen finitores, mensores, später agrimensores.[h]) In der Folge dieser Einrichtungen entstand eine eigenthüm-

d) L. 60 §. 2 D. de V. S. (50, 16): sed fundus quidem suos habet fines, locus vero latere potest quatenus determinetur et definiatur.

e) L. 2 pr. 4 §. 10. 11, L. 5. 6 D. finium regund. (10, 1.)

f) L. 1 D. eod.: Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

g) L. 2 §. 1, L. 4 §. 1. 2 D. eod.

h) Rudorff a. a. O. S. 412 ff.

liche Beschränkung der Gränzscheidungsklage, die wir im älteren Recht finden und die nun dargestellt werden soll.

Die Gränzstreitigkeit zeichnet sich aus durch eine Theilnahme dieser Kunstverständigen bei der Untersuchung und Entscheidung. Die Anweisung dazu nimmt einen erheblichen Platz in den Schriften der Agrimensoren ein. Eine doppelte Theilnahme der Mensoren kommt vor, sie fungiren entweder als Beistände und Beiräthe der Parteien und des Richters, oder selbst als Richter, denen die Entscheidung übertragen ist.[i]) In beiden Fällen setzt ihre Theilnahme voraus, daß auf die Entscheidung Fragen ihrer Kunst Einfluß haben, ihre Function als Richter aber ließ sich nicht wohl anders als da denken, wo es lediglich auf eine Anwendung ihrer Berufskenntnisse ankam, wo die Entscheidung also von Rechtsregeln (z. B. dem Besitz, der Usucapion) ganz unabhängig war.[k])

Die Zwölf Tafeln verordneten, daß für die Gränzstreitigkeit als Richter tres arbitri gegeben werden sollten, ohne Zweifel Kunstverständige, welche die Gränzen ermitteln und feststellen rein nach den Regeln ihrer Kunst, die Berücksichtigung von Rechtsgründen, durch welche die Gränzen hätten verändert werden können, namentlich (was am nächsten lag) der Usucapion wurde deshalb ausgeschlossen. Eine Berufung auf langen Besitz des ungewissen Stücks von einer Partei sollte in diesem Proceß nicht gehört werden, sie sollte die Herstellung des nach den Regeln der Kunst zu ermittelnden Finis nicht hindern. Die Anwendung aber dieses Gränzprocesses, der in dieser bedeutenden Weise ausgezeichnet wurde, mußte der Willkühr entzogen werden, es geschah durch die Bestimmung, daß er nur intra quinque pedes stattfinden soll, dieß nennen die Agrimensoren

---

i) Frontin. p. 34, 19—35, 10 Lachm. (Cassiodor. var. III, 52. agrimensori finium lis orta committitur. iudex est utique artis suae. forum ipsius agri deserti sunt — non ambulat iure communi. via est illi sua lectio — gressibus suis concertantium iura discernit u. s. w. Vgl. §. 154 c. R.)

k) Die Agrimensoren bedienen sich bei dieser Frage nach den Entscheidungsgründen der Ausdrücke: rem magis esse iuris quam nostri operis (Hygins p. 130, 1 Lachm., wo die Usucapion entscheidet), non est disciplinae nostrae iudicium (Aggen. Urb. p. 16, 20 bei dem Besitzstreit), magis prudentiae es. (Aufgabe der Jurisprudenz) quam professionis (des Mensorenberufs), ad iut ordinarium pertinet, iure ordinario finitur (componitur), Frontin. p. 24, 5. p. 52, 16 non nostrum, sed forensis officii i. e. iuris civilis operam exigit. Hygin. p. 134, 9 u. f. f. Vgl. Rudorff a. a. O. S. 418 f.

controversia de fine; was darüber hinausliegt, bildet den Gegenstand der controversia de loco, bei welcher Kunstregeln ebenfalls zur Entscheidung beitragen, und Mensoren daher zum Beweis und Beirath zugezogen werden können, bei der aber auch Rechtsgründe (namentlich die Usucapion) zulässig, und die Mensoren daher nicht Richter sind.[l]) Die Lex Mamilia setzte einen Arbiter an die Stelle der drei,[m]) im übrigen wiederholte sie die Verordnung der Zwölf Tafeln.[n])

Die gewöhnliche Vorstellung von den fünf Fuß dieser Gesetze ist die, daß sie als ein Grenzrain zu verstehen seien, der (gleich dem Limes) dem Privateigenthum entzogen war und als res publica galt. Dieses letztere ist gewiß unrichtig, wie Rudorff gezeigt hat, auch gegen das erste erklärt er sich,[o]) mir scheint es bei weitem das

---

l) Hygin., de generibus controv. p. 130, 1 Lachm. Frontin., de controv. p. 43, 23.

m) Dieß hängt ohne Zweifel damit zusammen, daß in dem Formularproceß überall die Einzahl an die Stelle der Dreizahl der Arbitri trat §. 154.

n) Cic. de legib. I. 21: controversia nata est de finibus, in qua quoniam usucapionem XII tabulae intra quinque pedes esse noluerunt — — nec mamilia lege singuli, sed ex XII tres arbitri fines regemus. Sic. Flacc. p. 144, 19 Lachm.: signantur autem (die als Gränzzeichen dienenden Bäume) utrinque, id est ex utraque possessione intra pedes quinos, ut legis mamiliae commemorationem habeant. Frontin. p. 11, 5 secundum legem mamiliam intra quinque pedes agitur 12, 2, nam et eadem lege continetur et de quinquo pedum agitur latitudine. Hygin. p. 126, 3 de fine si ageretur. quae res intra pedum quinque aut sex latitudinem quaestionem habet, quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri, quod usucapi non potest: iter enim non, quia ad culturas perveniatur, capitur usu, sed id quod in usu biennio fuit. (Paul. sent. I, 16 fines terrae praeter (lies per) terminos regantur (lies reguntur) ne dissipentur, dummodo non ab utroque angustiore quinque pedum loco teneantur. Isidor. orig. V. 25 §. 11 finium regundorum actio dicta est eo quod per eam regantur fines ne dissipentur, dummodo non angustiore quinque pedum loco ea controversia sit. Heimbach Anecd. I. 54 *εἰ δὲ περὶ ὅρων γῆς ἐντὸς ε̄ ποδῶν οὔσης τῆς ζητήσεως τὸ φίνιουμ ῥεγουνδόρουμ τούτεστι φιλονεικίας συνόρων. εἰ δὲ περὶ πλείονος γῆς τὴν ἐν ῥέμ ἤγουν ἀγωγὴν ἁπτομένην πρᾶγμα ἀκίνητον ὅπερ τις εἶχε καὶ ἐξέπεσεν ἐξ αὐτοῦ.* Auf diese Stellen hat zuerst Karlowa a. a. O. hingewiesen. R.)

o) Er hält die Herstellung eines solchen Gränzrains für etwas durchaus facultatives, was sie später allerdings war, jeder hätte bis an die Gränzlinie ackern dürfen, nur habe jeder auf 2½ Fuß Breite an der Gränze den Weg des einen Pflugstiers vom Nachbar dulden müssen. Siculus Flaccus (p. 152, 1) sagt: illud vero invenimus aliquibus locis, ut inter arva vicini *arceantur*

natürlichste, daß man durch die Vorschrift eines Gränzrains, zu dessen Herstellung jeder Nachbar $2^1/_2$ Fuß Breite unbeackert lassen mußte, die Sicherheit und Kunde der Gränze aufrecht erhielt, und einen Pfad und Raum zum Ausackern der Furche und Umkehr des Pflugs verschaffte. p)

Das Recht der Lex Mamilia war also dieß: für das iudicium finium regundorum soll ein Mensor als Arbiter bestellt werden, und keine Berufung auf Usucapion (oder, bei Provincialgrundstücken, auf longi temporis possessio) stattfinden. Diese Behandlung der Sache aber tritt nur ein, wenn es sich um den Gränzrain, den das Gesetz zur Breite von fünf Fuß voraussetzt, handelt. Später scheint die Lex Mamilia außer Anwendung gekommen zu sein, am ersten da, wo die Sitte des Landes der Herstellung von Gränzrainen entgegen war, nach dem Recht, wie es zur Zeit der römischen Juristen galt, blieb vielleicht von den zwei Beschränkungen des Gränzscheidungsprocesses: auf praedia rustica, und auf den finis in jenem besonderen Sinn, nur die erste, wenigstens wird diese allein in

---

confundere fines eoque usque aratrum perducere, ut in finibus solidam marginem non relinquant, quo discerni possint fines, also: an einigen Orten bestehe das Gebot eines Gränzrains. Ueber das Recht der Lex Mamilia ist damit nichts entschieden, aber dieser Inhalt der Stelle hat an sich etwas bedenkliches; einmal ist es auffallend, daß zu irgend einer Zeit (auch unabhängig von der außer Uebung gesetzten Vorschrift jenes Gesetzes) das Institut der Gränzraine eine solche Seltenheit gewesen sein sollte, sodann aber paßt die Wortfolge der Stelle in der That wenig zu jenem Sinn, sondern vielmehr zu dem entgegengesetzten. Darum halte ich arceantur für eine Corruption aus concedantur (vgl. über diese Construction Schulting, iurispr. anteiust. p. 459). (Noch näher liegt arguantur, welches Lachmann in den Text genommen hat. Immer also bleibt die Entfernung des Gränzrains ein tadelnswerthes Beginnen. Vgl. Hyginus, de generib. controv. p. 126, 13. finis enim multis documentis servabitur — aut, ut comperi aliis locis inter arva marginibus quibusdam tamquam pulvinis. pulvini sunt ex glarea Tiberis limites constituti. p. 129, 2 si marginibus: quae res oculorum est, ne quid malignitate exaretur, similiter ne quid a vicinis accersiri possit, sed marginibus coepti finitique loci inveniri possint. R.)

p) Dafür sprechen auch, weit mehr als für die Erklärung Rudorff's die Note n citirten Stellen der Agrimensoren. Auch die vorkommende Differenz von fünf und sechs Fuß stimmt damit überein; wär die controversia de fine als ein dem Gränzrain betreffender Streit bestimmt, so war eine locale Abweichung in der Breite wohl zuzulassen, ohne daß man dadurch den Maßstab für die Frage, was eine controversia de fine sei, verlor. Nach Rudorff's Ansicht wäre der Maßstab die abstracte Größe von fünf Fuß gewesen, von der man nicht hätte abweichen dürfen, ohne das Gesetz wesentlich zu verändern.

den Ueberbleibseln der juristischen Schriften, die wir besitzen, erwähnt.[q])

Als der ordo iudiciorum privatorum abgeschafft und auch die Befugten der Delegation von Rechtssachen an iudices pedanei beschränkt wurde (§. 182), kehrte man wieder zu der früheren Beschränkung nur mit einer Modification in ihrer Auffassung, zurück. Constantin verordnete 331, ein Mensor als Arbiter solle nur bestellt werden können, wenn das bestrittene Stück nicht über fünf Fuß in der Breite betrage, der Proceß über ein größeres soll als Eigenthumsstreit behandelt und lediglich von dem Präses selbst entschieden werden.[r]) Diese Beschränkung hob Valentinian II 385 wieder auf, für jeden Gränzstreit, welchen Umfang auch sein Object haben möge, sind Kunstverständige als Richter zu bestellen, und bei jedem fällt die Einrede der Ersitzung weg.[s]) Sieben Jahre nachher stellte Theodosius I das constantinische Recht wieder her.[t]) Justinian aber hat das Princip des valentinianischen Gesetzes in seine Legislation aufgenommen, so jedoch, daß die Agrimensoren nur als sachverständige Gehülfen des Richters zugezogen, nicht mehr selbst als Richter bestellt werden, und daß zwar nicht der Einwand der ordentlichen, wohl aber der außerordentlichen Ersitzung von dreißig Jahren gegen die actio finium regundorum erhoben werden kann.[u]) Die

q) So verstehe ich auch die corrupte Stelle des Frontin. de controv. agr. p. 43, 19 Lachm. De loco — — — haberi ordinem legis mamiliae excessum plurimum, praecipue *in agris* arcifiniis, sed nec minus in adsignatis. Cuius enim loci modum nulla forma praescribit, *si* controversia oritur *** solent quidem per imprudentiam mensores arbitros conscribere aut sortiri indices finium regundorum causa, quando in re praesenti plus quidem quam de finium regundorum agatur. Sic fit, ut — rescindi possit, quod aut iudex aut arbiter pronuntiaverint, neque ullum commissum faciat, qui sententiam non sit secutus, quando de alia re iudicem aut arbitrum sumserint. Um diesen Punkt brauchte sich eigentlich der Mensor nicht zu bekümmern, es war die Sache dessen, der ihn bestellte; daß unser Autor dessenungeachtet darauf eingeht, darf nicht wundern, da es zu allen Zeiten die Neigung der in rechtlichen Angelegenheiten gebrauchten Kunstverständigen war, aus ihrem Gebiet in die eigentlich juristischen Fragen überzugreifen.

r) L. 3 C. Th. fin. reg. (2, 26.)

s) L. 4 C. Th. eod.

t) L. 5 C. Th. eod.

u) Von dem valentinianischen Gesetz (Note s) ist nur der erste Satz (Quinque pedum praescriptione summota, finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio), das theodosische aber (Note t) ist ganz umgestaltet aufgenommen, L. 5. 6 C. fin. regund. (3, 39.) — Auch die Verfasser des west-

Natur der actio finium regundorum stellt sich also nach justinianischem Recht so wie am Eingange dieses Abschnitts gegeben worden ist, die Beschränkung auf einen Raum von gewisser Größe ist weggefallen.

Geschichte des Eigenthums.

CCXXXV. Wir vermögen keinen Rechtszustand zu denken, in dem nicht auch schon der Begriff des Eigenthums, der rechtlichen Unterwerfung von den der menschlichen Herrschaft am vollkommensten und unbedingtesten hingegebenen Gegenständen, zum Bewußtsein gekommen wäre. Eine doppelte Gestaltung aber des Eigenthums bietet sich als möglich dar. Entweder wird die rechtliche Genossenschaft, deren Glied der Mensch ist, als das Subject alles Eigenthums betrachtet, und der Einzelne nur als Verwalter und Nutznießer einzelner Theile dieses Gesammtguts, oder auch der Einzelne wird als Subject eines Eigenthums anerkannt. Erst wenn dieser letzte Schritt geschehen ist, wird die rechtliche Gestalt des Eigenthums vollendet sein, denn erst hier, wo es dem Eigenthum anderer Gleichstehender gegenüber tritt, führt das Eigenthum zu Rechtsverhältnissen unter den Personen; der Staat als alleiniger Eigenthümer würde sich in Hinsicht auf das Eigenthum nur andern Staaten gegenüber finden, mit denen er nicht unter einer gemeinsamen rechtlichen Verfassung steht, gegen die er daher sein Eigenthum nicht auf rein rechtlichem Weg verfolgt. Mit jenem Fortschritt zu dem Eigenthum Einzelner verträgt sich übrigens wohl das fortdauernde Bewußtsein, daß der Einzelne auch in der Ausübung seines Eigenthums ein Glied des Ganzen sei und politisch betrachtet in seinem Gut Verwalter eines Theils des gesammten Nationalreichthums, und dieses Bewußtsein wird eine rechtliche Form theils in Vermögensteuern, theils in Beschränkungen annehmen, die aus dem

---

gothisch-römischen Gesetzbuchs haben das constantinische Recht verworfen, indem sie überhaupt nur Ein Gesetz des Titels finium regundorum aufgenommen haben (L. 2 unserer Ausgaben), die übrigen sind nur in der Sammlung der Agrimensoren erhalten, und daraus in die Ausgaben des Cod. theod. recipirt worden. (Die quinque pedum praescriptio faßt Aleias und nach ihm Karlowa als eine temporalis praescriptio auf, nach Frontin Note q scheint sie vielmehr bestimmt einen vergeblichen Rechtsstreit de alia re (Gai. 4, 55) zu verhüten. R.)

Gesichtspunkt des gemeinen Besten dem Privateigenthum auferlegt werden (§. 231); was in jenem Fortschritt liegt, ist dieß, daß die Bestimmung der Güter für den Gebrauch der Einzelnen sich als Eigenthum derselben ausprägt, wogegen die Ansprüche der Gesammtheit nur als politische Beschränkungen dieses Eigenthums erscheinen, und daß ebenso dem Staat nur das Eigenthum an den Gütern zuerkannt wird, die für seine Zwecke unmittelbar bestimmt sind, während nach jenem ersten Princip des ausschließlichen Gesammteigenthums der Bestimmung der Güter für die Zwecke der Einzelnen überall die rechtliche Form des Eigenthums entzogen, und nur die eines Genusses fremden Eigenthums gegeben ist.[a])

Von der Zeit an, wo das römische Volk in die beglaubigte Geschichte eintritt, finden wir auch Privateigenthum bei ihm, aber zuerst nur an beweglichen Sachen. In Beziehung auf die Sachen dagegen, die einen Bestandtheil des Staatsterritoriums ausmachen, die unbeweglichen also, war das Bewußtsein, daß sie durch Eroberung des Gebiets von dem ganzen Gemeinwesen, nicht durch eine vereinzelte Thätigkeit gewonnen worden waren, und das Gefühl, welchem der Staat mit dem Grund und Boden, auf dem er sich erbaut, verwachsen ist, verbunden mit der Unterordnung der Einzelinteressen unter den Staat, — alles dieß war mächtig genug, um den Gedanken an ein Privateigenthum zu entfernen. Der Staat war ausschließlich Grundeigenthümer, der Einzelne dachte sich nur als Besitzer und Nutzer der Grundstücke, soweit der Staat Besitz und Genuß verliehen hatte (Bd. I §. 40). Dieß ist die possessio am ager publicus in ihrer ältesten Gestalt, die das Privateigenthum ersetzte, und daraus ergiebt sich, daß sie nicht mit dem Besitz, von dem im dritten Kapitel die Rede war, identisch ist.[b]) Jedes Privat-

---

a) Ein analoges Verhältniß auf einem andern Gebiet: es ist ein Gebot der christlichen Moral, daß jeder in seinen Gütern sich als bloßen Verwalter und Haushalter Gottes betrachten soll, dieß widerspricht keineswegs der rechtlichen Gestaltung des Eigenthums, ja jenes Gebot setzt sie voraus, wie die Moral überhaupt die Freiheit voraussetzt, welche die Möglichkeit des Bösen einschließt. — Das Institut des Privateigenthums kann durch Mißbrauch in einzelnen Fällen die sittlichen und politischen Interessen vorübergehend hemmen, aber es dient noch viel öfter zu ihrer Förderung, wo die Thätigkeit der kirchlichen oder politischen Organe nicht ausreicht oder auch geschwächt ist, und in jedem Fall ist es eine unerläßliche Bedingung für die Erfüllung der gesammten Aufgabe des Menschen.

b) Das freilich hatte sie mit diesem Besitz gemein, daß auch sie niemand

eigenthum an beweglichen Sachen wurde durch die Formel bezeichnet: meum est ex iure quiritium. Daß dieses Eigenthum an Mobilien ursprünglich das einzige war, darauf scheint mir auch die älteste Form der Vindication (§. 161) zu deuten, schwerlich wäre man auf die Nothwendigkeit der Gegenwart der Sache vor Gericht (die nach der Ausdehnung auf Grundstücke anfangs zur Verlegung der Gerichtsstätte an den Ort des Grundstücks, endlich zur Substituirung einer Scholle führte) gekommen, wenn man gleich von Anfang Grundstücke als Objecte (und damit als die wichtigsten) der Vindication im Auge gehabt hätte.

Die Ausschließlichkeit des Staatseigenthums an Grundstücken fiel durch die Aufnahme des plebejischen Elements in das Staatsgebiet (Bd. I §. 43), das Jus Quiritium erstreckte sich von da an auch auf den Grund und Boden, nur ein Theil desselben blieb ager publicus, gleich anfangs, da die Patricier damals noch ausschließlich an ihn gewiesen waren, ein sehr beträchtlicher, und er wurde durch die Eroberungen stets vergrößert, da alles eroberte Land Staatseigenthum wurde, und erst durch Assignation oder quästorischen Verkauf in das Privateigenthum übergehen konnte. Die Assignationen und Verkäufe wurden, auch nachdem die Patricier des Privatgrundeigenthums theilhaftig geworden waren, aufs sparsamste, und nur wo das äußere Bedürfniß drängte, vorgenommen. Zuerst, solange die Patricier sich in dem ausschließlichen Recht auf die Possessio des Ager publicus erhielten, geschah es im Interesse dieser, nachher in dem der Reichen; der Grund gegen die Erweiterung des Privatgrundeigenthums, daß der Staat aus dem ager publicus einen beträchtlichen Theil seiner Revenuen bezog, war in der That nur ein scheinbarer, da durch Verwandlung in besteuertes Privateigenthum der Staat diesen Nutzen nicht verloren hätte, ja den Grund und Boden für die Einzelnen und sich hätte nutzbarer dadurch machen können. Die Insufficienz des Ager privatus gegenüber der Menge der Einwohner führte auf die Beschränkung des Maßes für das Grundeigenthum durch die leges de modo agri (Bd. I §. 57), und zuletzt auf die verschwenderischen und für den Staat unmittelbar wenigstens nutzlosen Vertheilungen des Gemeinlands durch die spä-

---

als suam ex iure quiritium vindiciren konnte, wie auch nicht jenen, Festus v. possessio.

teren leges agrariae (Bd. I §. 72), denen endlich das Dasein des Ager publicus in Italien völlig unterlag.

Der Name possessio blieb noch dem Rechtsverhältniß bei solchen Grundstücken, die nicht im Jus Quiritium sich befanden, vorausgesetzt, daß dessenungeachtet eine Privatberechtigung an ihnen stattfand, also mit Ausschluß namentlich derer, die allem menschlichen Recht entzogen sind (§. 223). Als das römische Reich über Italien hinaus sich ausdehnte, und ein neuer Bestandtheil in den Provinzen hinzukam, ward gleich von Anfang festgesetzt, daß an dem Provincialboden kein Jus Quiritium möglich sein solle. Dieß hinderte nicht ein dem Eigenthum analoges Recht an demselben, soweit er nicht dem Staat vorbehalten wurde, und es wurden daher (obwohl man sagen mochte, der ganze Provincialboden sei Staatseigenthum)[c]) auch hier ager publicus und privatus unterschieden, das Eigenthum aber an dem letzteren, wie man es seinem innern Gehalt nach nennen darf, wurde wie der Besitz des Ager publicus mit dem Namen possessio bezeichnet (Bd. I §. 68).

Das Privateigenthum hat seit der Bildung des römischen Staats ein immer größeres Gebiet dem System des Staatseigenthums abgewonnen, zum Theil in der unvollkommeneren Form der Possessio, mit der sich jenes System wenigstens theoretisch noch vereinbaren ließ (Note c), zum Theil in der vollkommenen, aus demselben vollständig herausgetretenen des quiritischen Rechts. Betrachten wir nun das letztere genauer in seinem rein juristischen Charakter, um die Veranlassung eines Gegensatzes gegen dasselbe zu finden, der sich von seiner Entstehung an eine lange Zeit im römischen Recht erhalten hat.

Das quiritische Eigenthum, durch welches das Princip des ausschließlichen Staatseigenthums anfangs für bewegliche, dann auch für unbewegliche Sachen überwunden, und in dem das Privatrecht an Sachen als ein selbstständiges, von dem Staatseigenthun unabhängiges und ausgeschiedenes anerkannt worden war, ist nicht bloß zu Gunsten des Staatseigenthums, sondern auch, abgesehen von dieser Opposition, der innern Natur des altrömischen Rechts gemäß in gewisse Schranken eingeschlossen, welche theils den Gegenstand, theils das Subject, theils endlich die Erwerbung desselben betreffen.

c) Gai. II. 7.

1) Abgesehen von den Sachen, die dem menschlichen Recht überhaupt, und denen, die wenigstens dem Privatrecht entzogen sind, und darum natürlich auch dem quiritischen Recht, giebt es noch solche, an denen dieses letzte insbesondere nicht stattfindet. Dieß sind die praedia provincialia,[d]) alle außerhalb Italien gelegenen Grundstücke, wenn sie nicht zu dem Gebiet einer Stadt gehören, die das Jus italicum hat (Bd. I §. 89. 94).

2) Das quiritische Eigenthum ist nur denkbar bei den Personen, die das commercium (iuris civilis) haben, also nur bei römischen Bürgern und Latinen, nicht bei einem Peregrinen, wenn ihm nicht ausnahmsweise das Commercium durch eine besondere Concession ertheilt ist.

Diese beiden Beschränkungen setzen nothwendig voraus, daß es außer dem quiritischen Recht noch ein anderes Eigenthum oder eigenthumsähnliches Verhältniß giebt; denn ein solches wird an Provincialgrundstücken und bei Peregrinen anerkannt. Bei den Provincialgrundstücken hat dieses nichtquiritische Eigenthum den für den Genuß des Ager publicus herkömmlichen Namen possessio (Note c), doch wird später auch der Ausdruck dominium darauf angewendet.[e]) Gaius gebraucht ihn auch für das Eigenthum der Peregrinen,[f]) und eben so wurden ohne Zweifel auch andere römische Bezeichnungen des Eigenthumsrechts darauf übertragen (z. B. res eius est), nur natürlich nicht die Worte ex iure quiritium. Den Peregrinen stand zur Verfolgung ihres Rechts vor dem praetor peregrinus oder dem Prätor der Provinz eine in rem actio zu, mit der Intention, si paret rem actoris esse,[g]) also in der Weise der formula petitoria.[h])

---

d) Sofern sie agri privati sind, heißen sie praedia stipendiaria tributaria (Bd. I §. 88 Note d).

e) Fragm. vat. 315. 316.

f) Gai. II. 40.

g) (Frontin. p. 36, 8. Lachm. nennt diese Klage eine vindicatio *ex aequo*, das heißt nach ius gentium, vielleicht wurde dieser Zusatz in die Formel gesetzt. Die Anwendung der Interdicte auf die provincialen Privatpossessionen bezweifelt er, weil sie durch diese Vindication ersetzt sind und die Ausübung des natürlichen Eigenthums keine ächte Possessio ist. R.)

h) Die Klage per sponsionem dagegen (§. 168) war nicht anwendbar, weil die Peregrinen der Stipulation mit spondes, spondeo unfähig waren (Gai. III. 93, 120); man hätte also eine andere Formel wählen müssen, zu einer solchen Uebertragung dieser sich an die legis actio sacramento anschließenden Klagform auf die Peregrinen war keine Veranlassung gegeben.

Die Frage aber, ob ein Peregrine Eigenthümer sei, wie also Peregrinen Eigenthum erwerben können, entschied sich dadurch, daß gewisse Erwerbungen als solche des Jus Gentium anerkannt wurden (naturales adquisitiones §. 237), deren daher auch die von dem Jus civile Ausgeschlossenen fähig waren. Ein Grundsatz des Jus Gentium ist es, daß die factische Gewalt über eine Sache die rechtliche nach sich zieht, wenn nicht das Recht eines Andern entgegensteht, daß man also unter dieser Voraussetzung durch den Erwerb des Besitzes auch das Eigenthum erwirbt, also durch Tradition und durch Occupation einer herrenlosen Sache. Diese Erwerbungen wurden auch auf das Eigenthum von Provincialgrundstücken (mochten die Eigenthümer Peregrinen oder Römer sein) angewendet:[i]) es kommt ferner bei diesen ein der Usucapion analoges Institut, die longi temporis praescriptio (§. 240) vor, welche den Beweis der rechtlichen Erwerbung ersetzen konnte, und wir können unbedenklich annehmen, daß ein gleiches Bedürfniß bei dem Peregrineneigenthum auf gleiche Weise befriedigt worden ist. Tradition und Occupation waren die Rechtsgeschäfte, durch die nach dem Jus Gentium Eigenthum erworben wurde, nun giebt es noch Eigenthumserwerbungen, die ohne einen besonderen Act vor sich gehen, welche von den Römern ebenfalls dem Jus Gentium zugeschrieben, und damit als den Peregrinen zukommend anerkannt wurden (§. 242), und da sie aus der Natur der Sache mit innerer Nothwendigkeit folgen, so konnten sie auch von dem Eigenthum an Provincialgrundstücken nicht ausgeschlossen werden.

CCXXXVI. 3) Sehen wir nun ab von der Ausschließung gewisser Sachen und Personen von dem quiritischen Eigenthum, betrachten wir dieses als innerhalb des Kreises, in welchem es zulässig ist: bei den römischen Bürgern (und Latinen) und an den demselben zugänglichen Gegenständen, so gelangen wir noch auf eine Beschränkung, die mithin eine esoterische ist, und die einen inneren Gegensatz hervorgerufen hat, der nicht mit jenen äußeren (durch das Eigenthum an Provincialgrundstücken und durch das Peregrineneigenthum gebildeten) verwechselt werden darf. Dieser Gegensatz besteht

i) Schon für die älteste Possessio am Ager publicus galt die Besitzergreifung als Erwerbsart, Festus v. possessiones.

darin, daß bei den Römern selbst, und an den des quiritischen Eigenthums fähigen Sachen ein doppeltes Eigenthum sich gebildet hat, da neben das quiritische ein natürliches, wie wir es einstweilen nennen wollen, getreten ist.[a])

Indem wir die allein mögliche Richtung dieses Gegensatzes bestimmen und sorgfältig festhalten, wird ein fester Boden für die Theorie des natürlichen Eigenthums, und auch wo die geschriebenen Quellen uns verlassen, eine gewisse Sicherheit ihrer hauptsächlichsten Resultate zu gewinnen sein. Die Entstehung des natürlichen Eigenthums, von dem wir sprechen, neben dem quiritischen ist offenbar durch eine Schranke dieses letzteren veranlaßt worden, über die es nicht hinausreicht, während das natürliche von ihr frei ist.[b]) Diese Schranke liegt aber nicht in den Gegenständen, so daß das natürliche für solche Sachen bestimmt wäre, die dem quiritischen Recht entzogen sind, denn dieß ist entschieden nicht der Fall, die Gegenstände haben beide gemein; darum darf das natürliche Eigenthum nicht an die Possessio des Ager publicus oder der Provincialgrundstücke an-

---

a) Gai. II. 40: Sequitur, ut admoneamus, aput peregrinos quidem unum esse dominium, ita aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus romanus olim utebatur, aut enim ex iure quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. set postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure quiritium dominus, alius in bonis habere. Ueber den Ursprung dieses natürlichen Eigenthums, so wie über seine Erwerbung und seinen Schutz sind verschiedene Ansichten aufgestellt worden, unter andern in folgenden Abhandlungen: Unterholzner, über die versch. Arten des Eigenthums und die versch. Gestaltung der Eigenthumsklagen (1827), Rhein. Mus. I S. 129—144. Zimmern, über das Wesen des s. g. bonitarischen Eigenthums (1829), Rhein. Mus. III S. 311—364. Unterholzner, zur Lehre vom s. g. bonit. Eigenth. (Bemerkungen zu Zimmern's Abh.), Rhein. Mus. V. 1. Mayer, über das duplex dominium des R. R. (1832), Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. VIII. 1., de Scheurl, num iuris gentium adquisitionibus dominium civile romanorum effectum sit, diss. 1836. Vgl. auch Puchta, Lehrbuch für Inst.-Vorles. (1829) S. xxv ff.

b) Das quiritische Recht ist beschränkter als das natürliche, daher kann jemand dieses haben, ohne dominus ex iure quiritium zu sein, und zugleich ist in gewisser Hinsicht das natürliche beschränkter als das quiritische, daher man dieses (als nudum ius quiritium) ohne jenes haben kann (das natürliche kann verloren sein, ohne daß das quiritische verloren ist). Hiernach könnte man denken, es müßte auch zulässig sein, von dem letzteren Standpunkt auszugehen: von der Schranke des natürlichen, die das quiritische Recht nicht hat; aber dieß ist dadurch ausgeschlossen, daß das quiritische das erste war, zu dem das andere als Ergänzung (und allerdings auch als Corrigens) hinzukam (Note a), nicht umgekehrt.

geknüpft werden. Eben so wenig liegt sie in den Personen, so daß das natürliche Eigenthum für Personen bestimmt wäre, die des quiritischen unfähig sind, vielmehr sind es die römischen Bürger, bei denen beide unterschieden werden (Note a); der Begriff des ersteren darf daher auch nicht mit dem Eigenthum der Peregrinen in Verbindung gebracht werden. Mithin bleibt nur Ein Ausgangspunkt übrig: die Beschränkung, welcher das quiritische Recht in Beziehung auf die Erwerbung unterlag; und dieß ist denn auch das Merkmal des Falls, der in unsern Quellen als das vornehmste Beispiel jenes Eigenthums aufgeführt wird: wenn eine res mancipi ohne Mancipation oder In Jure Cessio durch bloße Tradition hingegeben wird.[c]

Die römischen Juristen leiten die Erwerbsarten des Eigenthums theils aus dem Jus civile, theils aus dem Jus Gentium ab.[d] Hat diese Unterscheidung einen bloß doctrinellen Charakter? Keineswegs, sie hat die praktische Bedeutung, daß naturaliter auch die Peregrinen, civiliter, wo nicht eine besondere Ausnahme gemacht ist, nur die Cives und Latini erwerben können. Die Geschichte der natürlichen Erwerbsarten ließe sich nun auf doppelte Weise denken: 1) so daß auch sie von Anfang an im römischen Recht bestanden hätten, und erst nachher zum Vortheil der Peregrinen aus den übrigen ausgelesen worden wären, 2) so daß sie, oder wenigstens die hauptsächlichsten derselben, als Eigenthumserwerbsarten erst später mit der Entwickelung des Jus Gentium überhaupt in das Rechtsbewußtsein der Römer eintraten, früher also die Erwerbung des Eigenthums auf die civilrechtlichen Arten beschränkt war. Bei der ersten Annahme müßte man entweder eine den wirklichen Thatsachen, ja dem allgemeinen Charakter der Rechtsentwickelung widersprechende Geschichte des römischen Rechts zu Grunde legen, man müßte den Fortschritt aus einem streng und starr individuellen Rechtszustand zu

---

c) Gaius fährt nach der in Note a abgedruckten Stelle fort (II. 41): Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias, semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset.

d) Gai. II. 65 sqq. L. 1 pr. 53 D. de adq. dom. (41, 1), L. 23 pr. D. de R. V. (6, 1.)

einem freieren läugnen, indem man diesen letzteren schon in die älteste Zeit verlegte, und so in der That die Geschichte der Eigenschaft einer geistigen Bewegung beraubte, oder man müßte, was nicht weniger unbegreiflich wäre, gerade für das Eigenthum eine Ausnahme machen, während in den Obligationen, im Erbrecht u. s. f. jener Fortschritt anerkannt werden muß. Aber es bedarf nicht einmal dieser Appellation an den Geist der Geschichte überhaupt, die Existenz solenner, mit umständlichen Formen umgebener Erwerbsarten schließt von selbst das gleichzeitige Entstehen gleichanwendbarer und gleichwirksamer formloser Erwerbungen aus. Es ist undenkbar, daß man die Uebertragung des Eigenthums durch In Jure Cessio vor dem Magistrat aufzustellen unternommen hätte, während schon der Rechtssatz bestand, daß man denselben Zweck ohne Umstände durch einfache Tradition erreichen könne.[e])

Es bleibt uns also nur die zweite Annahme, die ohnedieß die natürlichere ist, übrig, daß es keine Zeit gab, wo man sich vor Gericht bei der Geltendmachung des Eigenthums nur auf eine Erwerbung ex iure civili berufen konnte. Wir müssen aber hier sofort eine Art natürlicher Erwerbung außer allem Ansatz lassen, wobei die erworbene Sache überhaupt nicht mehr für sich und selbstständig, sondern nur als Theil einer andern zur Sprache kommt. Es giebt nämlich Fälle, wo das Eigenthum an einer Sache das an einer andern nach sich zieht (man faßt sie unter dem Namen der accessio zusammen §. 242); daß z. B. das Eigenthum am Grund und Boden das Eigenthum an dem darauf errichteten Gebäude in sich schließt, ist eine innere Nothwendigkeit, es ist eben so ein Satz des ius civile als des ius gentium,[f]) und hat daher gewiß von jeher gegolten. Für unsere gegenwärtige Frage sind diese Fälle irrelevant, weil bei dem Eigenthumsproceß nicht die Erwerbung der Accession, sondern der Hauptsache nachzuweisen ist, zu der jene gehört und de-

e) Gaius (II. 25) sagt, man bediene sich der in iure cessio zur Uebertragung des Eigenthums fast gar nicht mehr, man ziehe bei res mancipi die Mancipation vor, bei der es des mit größerer Schwierigkeit verbundenen Angehens des Magistrats nicht bedürfe. Noch weniger wurde sie natürlich bei res nec mancipi angewendet, da bei ihnen damals schon die Tradition ausreichte. Offenbar gab es eine Zeit, wo die In Jure Cessio auch in ihrer Anwendung auf die Eigenthumsübertragung nicht überflüssig war.

f) L. 2 D. de superf. (43, 18): — (aedium) proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.

ren Schicksal sie nothwendig theilt. Dagegen schließen wir durch jene Beschränkung des quiritischen Eigenthums auf die civilrechtlichen Erwerbungen diejenigen aus, die in der Erwerbung des Besitzes bestehen, also die Tradition und Occupation. Von der Tradition ist es gewiß, daß sie an res mancipi noch nach späterem Recht, nicht das quiritische Recht gab (Note c). Anders bei res nec mancipi, und zwar schon zu Cicero's Zeit; g) galt dieß aber von jeher? Diesem steht vor allem der Grund entgegen, der vorhin aus der Existenz der In Iure Cessio entnommen worden ist (Note e), auf der andern Seite ist der Satz als ein späterhin eingeführter sehr erklärlich: man gab der Tradition jene Wirkung, um für die Veräußerung der Sachen, auf welche die Mancipation nicht anwendbar war (§. 238, 3) einen Privatact zu gewinnen und die beschwerlichere In Iure Cessio überflüssig zu machen, auch im Interesse der öffentlichen Verwaltung selbst, da man Grund hatte, die allzuhäufige Behelligung der Magistrate mit dergleichen Formalitäten zu vermeiden. Wir sagen daher: nicht die Ausschließung der Tradition (als Erwerbung des quiritischen Eigenthums) bei res mancipi ist das Besondere jenes späteren Rechts, sondern ihre Zulassung bei res nec mancipi, und dieß wird durch den Grund bestätigt, den Paulus für die Unmöglichkeit der Bestellung des Ususfructus bei Gelegenheit der Tradition einer res nec mancipi giebt: civili enim actione constitui potest, non traditione, *quae iuris gentium est* h) Er behandelt damit jene Wirkung der Tradition bei diesen Sachen als eine Singularität, die nicht zu einer vollen Gleichstellung mit der Mancipation und In Iure Cessio verleiten dürfe, und den Grund ihrer geringeren Wirksamkeit findet er in ihrer Abstammung aus dem Jus Gentium, ein Grund, der irgend einmal auch für das Eigenthum gegolten haben muß. i) Was von der Tradition, das muß auch von der Occupation gelten, ohne die Ausschließung dieser von dem quiritischen Erwerb würde auch die Ausschließung jener nicht denkbar sein, da ja sonst jede Tradition als eine Dereliction

g) Ulpian. XIX. 7. Cic. top. 5.

h) Fragm. vat. 47.

i) Dadurch erhält auch der Satz: mit den Peregrinen ist kein Commercium, erst die volle Bedeutung, die er ohne Zweifel in der ältesten Zeit hatte, man konnte von dem Peregrinen kein quiritisches Eigenthum erwerben, weil die Tradition, zu welcher er fähig war, nicht dazu hinreichte.

und darauf folgende Occupation betrachtet, und dadurch der Satz, daß sie nicht das quiritische Recht bewirkt, erfolglos gemacht werden könnte. Vor allem darf der Umstand nicht irre machen, daß die römischen Juristen von der Occupation als der ursprünglichsten Erwerbsart sprechen;[k]) dieß geschieht vom Standpunkt des allgemeinen Rechts,[l]) von welchem aus überhaupt das Jus Gentium als das frühere gegenüber dem Jus civile erscheint.[m]) Eben so irrelevant für unsere Frage ist es, daß sie der Occupatio die Wirkung des Eigenthumserwerbs beilegen (naturali ratione nostrum fit), denn das natürliche Eigenthum bewirkte sie ja damals schon längst, und dieses war in der Hauptsache nicht weniger wirksam als das quiritische; hervorzuheben, daß es nur natürliches, nicht quiritisches sei, dazu fand man deswegen sich weniger veranlaßt, weil hier dem natürlichen nicht ein quiritischer Eigenthümer gegenüberstand. Dieser Umstand hätte einen späteren Juristen sogar bewegen können, dem Occupanten sofort das quiritische Eigenthum (das plenum ius, s. unten) zuzuschreiben, denn wozu, hätte er von dem Geist des späteren Rechts aus argumentiren können, wozu die Wirkung der Occupation beschränken, da kein Recht irgend einer andern Person (welches nicht auf gesetzliche Weise aufgehoben wäre) entgegensteht? Wir wissen nicht, daß diese Behauptung wirklich vorgekommen ist,[n]) wäre es aber auch geschehen, so würde dieß für das an den Formen festhaltende alte Recht nichts beweisen. Man hat geglaubt, aus einer Stelle des Gaius schließen zu dürfen, daß in einem Fall wenigstens die Occupation schon nach ältestem Recht Eigenthum gegeben habe, bei der Erbeutung nämlich.[o]) Mehr als alles, sagt Gaius, hätten die Alten das Erbeutete für das Ihrige gehalten. Diese Bemerkung

---

k) L. 1 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2.)

l) Es ist die Katechisation bei Göthe, „Bedenk' o Kind! woher sind diese Gaben? Du kannst nichts von dir selber haben." „„Ei! Alles hab' ich vom Papa."" „Und der, woher hat's der?" „„Vom Großpapa."" „Nicht doch! woher hat's denn der Großpapa bekommen?" „„Der hat's genommen.""

n) §. 11 I. de rer. div. (2, 1.)

m) Nur daß einigermaßen mit diesem Gedanken der Umstand zusammenhängt, daß Gaius das natürliche Eigenthum in der Lehre von den Eigenthumserwerbsarten bloß bei der Tradition erwähnt.

o) Gai. IV. 16: — festuca autem (bei der Vindication §. 161) utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent, unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur.

sieht nun von vornherein einer den römischen Kriegsruhm erhebenden Phrase ähnlicher, als einem juristischen Gedanken. Geben wir ihr aber auch diese letztere Eigenschaft, so ist von der Occupation als dem Grund dieses vorzüglichen Eigenthums gar nicht die Rede, und konnte es auch nicht sein, weil der Einzelne sein Eigenthum an der Beute nicht von seiner Occupation, sondern nur von dem Staat ableiten konnte, dem unmittelbar die Beute zufiel (§. 238 a. A.). Das *maxime* sua esse credebant kann aber überhaupt nicht auf die Qualität des Eigenthums gehen, denn das Beuteeigenthum war sicherlich kein anderes, als das durch In Iure Cessio ꝛc. gegebene; es muß (immer unter der Voraussetzung, daß der Aeußerung ein juristischer Gedanke zu Grunde liegt, was ich, wie gesagt, nicht garantiren möchte) einen Vorzug bedeuten, welcher der unmittelbaren Erwerbung aus der Beute wirklich vor anderen Erwerbungen zukam, und dieß könnte kein anderer sein, als die Sicherheit gegen Eviction während bei den übrigen erst die Usucapion den Erwerber gegen die Möglichkeit, daß sein Autor nicht Eigenthümer gewesen, sicher stellte und von der Furcht, ein Anderer möchte sich als der wahre Eigenthümer ausweisen, befreite. Endlich muß hier noch der Erwerb der Erzeugnisse einer Sache durch den Eigenthümer oder andere dazu Berechtigte genannt werden, dessen verschiedene Gestalten unten vorkommen werden (§. 242 a. E.).[p]

Um also eine Sache vindiciren zu können, mithin um als Eigenthümer ex iure quiritium zu gelten (denn nur dieses Recht gab ursprünglich die Befugniß zur in rem actio), mußte man einen Act der Erwerbung nachzuweisen im Stande sein, den das Ius civile als solchen anerkannte[q]) und dieser Acte waren anfangs nur wenige

---

p) Wenn wir hier keine Ausnahme von unserem Princip, die sich nicht erweisen läßt, zugeben, also dabei stehen bleiben, daß dadurch allein ursprünglich kein Eigenthum entstand, so erhält die Vorschrift der Zwölf Tafeln de glande legenda (§. 231 Note cc) erst ihre volle Bedeutung.

q) Paulus in den justin. Digesten, L. 23 pr. D. de R. V. (6, 1): In rem actio competit ei, qui aut iure gentium, aut iure civili dominium adquisivit, hat man öfters dafür angeführt, daß die Quelle der Erwerbung auf die Existenz des quiritischen Eigenthums keinen Einfluß habe. Dagegen ist zu erinnern vor allem, daß, wenn zur Zeit des Paulus auch dieser Satz (vermöge eines natürlichen Fortschritts der Rechtsentwickelung, s. unten) gegolten hätte, daraus für das ältere Recht nichts folgen würde. Noch mehr: Paulus konnte sich so ausdrücken, auch wenn nur einige Erwerbungen des Ius Gentium jene Wirkung hatten, wie es wirklich der Fall war. Endlich aber hätte er sogar so, wie er

und dem Geist des Rechts gemäß mit Solennitäten verbundene. Diese Beschränkung gewährte für die Rechtspflege einen bedeutenden Vortheil, die Entscheidung der Frage, wer Eigenthümer sei, wurde durch sie und die Solennität der Erwerbungen sehr erleichtert. Dem Bedürfniß einer über jene Acte hinausgehenden Möglichkeit des Erwerbs genügte damals vollkommen die Ergänzung, die der Kreis jener Erwerbungen in der Usucapio fand, es war dazu der Besitz einer kurzen Zeit erforderlich; diesen Besitz aber von ein oder zwei Jahren nachzuweisen, konnte man billig von dem verlangen, der (sei es durch Nachlässigkeit oder sonst) zu der Sache nicht auf die solenne Art gekommen war, in deren Forderung das alte Recht hier wie in andern Rechtsverhältnissen eine Garantie gegen Rechtsverletzungen fand.

Was aber für ein einfaches Rechtsleben genügte, das erschien in entwickelteren Verhältnissen als unzureichend; eine Beschränkung, die dem Geist des Volks in älterer Zeit zusagte, wurde bei Erweiterung des Rechtsbewußtseins als eine Last empfunden. Es kam die Zeit eines lebhafteren Verkehrs, einer größeren Bewegung, eines häufigeren Wechsels im Eigenthum, Handel und Gewerbe thaten sich hervor, bei denen die Forderung einer Eigenthumsübertragung durch die umständlichen Acte der Mancipation und In Iure Cessio großentheils unthunlich scheinen mußte.[r] Dieß führte zuerst auf den Rechtssatz (ob er auf bloßem Gewohnheitsrecht beruht, oder durch eine Lex eingeführt oder bestätigt wurde, das müssen wir dahin gestellt sein lassen), daß bei res nec mancipi die Tradition die Wirkung des quiritischen Eigenthums, so gut wie die In Iure Cessio, haben sollte.[s] Möglich, daß man nachher noch weiter ging, und noch anderen natürlichen Erwerbungen, die mit Besitzerwerb zusam-

gethan hat, sprechen können, wenn der Unterschied noch in seinem ganzen Umfang bestand, denn er sagt ja nicht: *civilis* in rem actio, sondern in rem actio schlechtweg, und eine solche stand damals und schon viel früher dem natürlichen wie dem quiritischen Eigenthümer zu.

r) Daher entstand das Recht, daß der Käufer, wenn nichts anderes verabredet ist, nur die Tradition der Sache, nicht die Mancipation fordern kann, und daß der Tausch durch bloße Tradition geschlossen wird.

s) Die Tradition setzt stillschweigend voraus Varro de R. R. II. 1: — quemadmodum quamque pecudem emi oporteat civili iure. Quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere. Neque in omnibus (nicht nämlich bei den pecudes, die zu den res mancipi gehören) satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem dominii.

menfallen, an jenen Sachen dieselbe Wirkung beilegte, wahrscheinlich ist dieß nicht. Denn das nächste Bedürfniß war durch jene Ausdehnung der quiritischen Erwerbungen befriedigt, und nachher trat eine Ausdehnung des Eigenthums selbst hinzu, welche, indem nun das Recht der Vindication nicht mehr nothwendig jenes quiritische Eigenthum voraussetzte, die weitere Erleichterung seiner Erwerbung praktisch überflüssig machte. Diese Ausdehnung des Eigenthums, welche dadurch geschah, daß ein nichtquiritisches für die Römer und an Sachen, an denen auch quiritisches möglich war, entstand, haben wir jetzt ins Auge zu fassen.

Nach dem bisher beschriebenen Rechtszustand konnte es häufig vorkommen, daß jemand gerichtlich nicht als Eigenthümer anzuerkennen war, von dem man nach allgemeineren Rechtsansichten dieß hätte behaupten müssen, z. B. wenn jemand ein Grundstück, einen Sclaven, ein Pferd gekauft hatte, und sich es hatte bloß tradiren lassen, und noch nicht die Usucapionszeit abgelaufen war, wenn eine Sclavin geboren hatte und das Kind noch nicht ein Jahr alt war, wenn jemand Früchte von seiner Sache bezogen und noch nicht ein Jahr besessen hatte. Aber die allgemeineren Rechtsansichten waren eben nicht die der ältesten Römer, diese fanden es nicht ungerecht, dem die Vindication zu versagen, der sich dort der Mittel, die ihm das Recht für eine vollgültige Erwerbung darbot, nicht bedient, und hier unachtsamer Weise den Besitz aus der Hand gelassen hatte.[t]) Dieß änderte sich aber mit dem Eintritt einer freieren Rechtsanschauung in das Bewußtsein des römischen Volks (Band I §. 84). Am ersten mußte sich dieses erweiterte Rechtsgefühl gegen die Consequenz des bisherigen Rechts auflehnen, daß sogar gegenüber dem Verkäufer, der die res mancipi bloß tradirt hatte, und gegenüber seinen Nachfolgern der Empfänger schutzlos war, da jener noch immer das Eigenthum und die Vindication gegen ihn hatte. Der Prätor trat ins Mittel, er gab dem Käufer gegen die Vindication die exceptio doli, welche

t) War ihm die Sache gestohlen oder geraubt worden, so hatte er die actio furti, von der, eben auch in dieser Rücksicht, der Grundsatz galt, daß sie das Eigenthum nicht voraussetzt, der bonae fidei possessor hat sie, L. 12 §. 1 D. de furtis (47, 2), der Pächter noch vor dem Erwerb der Früchte, L. 26 §. 1 eod. — Wer diesen Rechtszustand undenkbar findet, dem müßte eigentlich die Beschränkung der Vindication beweglicher Sachen, wie sie im älteren deutschen Recht vorkommt, als ein reiner Unsinn erscheinen.

im Fall des Kaufs den besonderen Namen exceptio rei venditae et traditae hat. [u]) Es versteht sich, daß dieser Schutz nicht auf den Fall des Kaufs eingeschränkt wurde; auch wenn außerdem ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem quiritischen Eigenthümer und dem Besitzer bestand, wodurch jener verpflichtet war, diesem die Sache zu lassen und also nicht sich, sondern vielmehr ihn als den Eigenthümer zu behandeln, gab der Prätor dem letzteren gegen die Vindication eine exceptio doli. Wie aber, wenn der quiritische Eigenthümer im Besitz war? Ohne Zweifel blieb der Prätor, als das ausschließliche Festhalten an dem quiritischen Recht im Volk nachließ, nicht bei jenem Schutz durch Exceptio stehen, er gab dem unvollkommenen Erwerber eine Vindication (vgl. Note z), und hielt sie gegen den Einwand des quiritischen Eigenthums in jenen Fällen durch die replicatio rei venditae et traditae aufrecht. Und damit war der große Schritt gethan, den Erwerber, der nur der formellen Beschränktheit des Jus civile wegen nicht als Eigenthümer erschien, von dem Standpunkt des allgemeinen Rechts aber als solcher sich darstellte, dem Effect nach wie einen Eigenthümer zu behandeln, und neben das quiritische ein zweites Eigenthum für die Römer zu stellen. Denn war man einmal zu dieser Klage gelangt, so war es undenkbar, sie auf den Fall, wo dem Kläger ein quiritischer Eigenthümer in jener Art als Gegner gegenüberstand, einzuschränken, man mußte sie überhaupt gegen jeden Besitzer geben, der ein geringeres Recht als der Kläger hatte. Und dieses zweite Eigenthum beschränkte sich bald nicht auf die Fälle, wo jemand nach Jus Gentium Eigenthümer war, ohne es nach Jus civile zu sein. Der Prätor fand sich veranlaßt, selbst neue Erwerbungen des Eigenthums aufzustellen, indem er z. B. gewisse Personen als Erben behandelte, die nach Jus civile es nicht waren, also auch nicht quiritische Eigenthümer der erbschaftlichen Sachen vor der Usucapion, denen er aber jetzt schon die Vindicationen des Erblassers gab, ferner indem er die Gläubiger in den Besitz der Güter eines insolventen Schuldners einwies mit dem Recht, sie zu verkaufen, [v])

u) Im justinianischen Recht kommt sie in dieser Anwendung natürlich nicht mehr vor, sondern nur in der andern, wodurch sie den schützt, der von einem Nichteigenthümer erworben hat (s. unten und §. 233 Note m). Es ist aber kein Grund vorhanden, anzunehmen, diese Exceptio habe gegenüber dem quiritischen Eigenthümer nicht stattgehabt, auf welchen Fall sie dem Namen und der Sache nach vollkommen paßt.

v) Gai. III. 80: neque autem bonorum possessores neque bonorum

denn indem er den Sclaven, der ein Delict begangen hatte, wenn der Herr ihn nicht vertheidigte, dem Beschädigten überwies[w]) u. s. f.

Dieses Eigenthum, das durch den Einfluß des Prätors neben das quiritische trat, ist es, welches oben das natürliche genannt worden ist, das wir auch prätorisches nennen könnten, welches aber die Römer mit dem allgemeinen Ausdruck: in bonis esse, in bonis habere bezeichnen.[x]) Denn überhaupt kann man sagen, der hat eine Sache in seinem Vermögen, der gegen die Abforderung derselben geschützt ist,[y]) und im Fall der Besitzentziehung eine Klage auf Wiedererlangung hat.[z]) Dieß ist der Fall bei dem quiritischen Eigenthümer, wenn seine Vindication nicht die exceptio rei venditae et traditae oder eine gleich wirksame exceptio doli entgegensteht, aber auch bei dem, welchen der Prätor durch Exceptio und Klage als Eigenthümer behandelt, also bei dem s. g. bonitarischen.

Der Begriff dieses bonitarischen Eigenthums läßt sich nach dem Bisherigen so feststellen: es ist das auf prätorischem Schutz beruhende Eigenthum eines römischen Bürgers (oder Latinus) an einer des quiritischen Eigenthums fähigen Sache, welches durch eine aus dem Jus Gentium stammende und von dem Jus civile nicht adoptirte, oder durch eine von dem Prätor aufgestellte, also auf dem magistratischen Imperium beruhende Erwerbsart entstanden ist. Nun sind drei Fälle möglich: 1) es hat jemand die Sache in bonis und zugleich ex iure quiritium (also pleno iure), dieß ist z. B. der Fall, wenn von dem bonitarischen Eigenthümer die Usucapion vollendet worden ist, überhaupt wenn jemand das Jus Quiritium,

---

emptores pleno iure domini fiunt, sed in bonis efficiunt, ius quiritium autem ita demum adipiscuntur, si usuceperunt —.

w) L. 2 §. 1 D. si ex nox. causa (2, 9), L. 26 §. 6 D. de noxal. act. (9, 4): — iussu enim praetoris ductus in bonis fit eius, qui duxit.

x) Daraus ist dann später der Name dominus bonitarius entstanden, der bei Theophilus (paraphr. I. 5, 4) in der griechischen Uebersetzung *δεσπότης βονιτάριος* vorkommt, wie auch für den quiritischen Eigenthümer *δεσπότης* iure quiritario. Auch der Ausdruck dominus legitimus bei Varro (de R. R. II. 10) ist ohne Zweifel im Gegensatz gegen das bloße in bonis gebraucht. So nennt auch Theophilus a. a. O. das quiritische Eigenthum *ἔννομος δεσποτεία*, das in bonis *φυσικὴ δεσποτεία*.

y) L. 190 D. de R. I. (50, 17): Quod evincitur, in bonis non est.

z) L. 52 D. de adqu. dom. (41, 1): Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad reciperandum eam actionem habemus.

ohne daß ein Anderer die Sache in bonis hat;[aa]) 2) es hat jemand die Sache in bonis, während ein Anderer noch quiritischer Eigenthümer ist, das Verhältniß dieses letzteren heißt nudum ius quiritium;[bb]) 3) es hat jemand die Sache in bonis, ohne daß ein Anderer das Ius Quiritium hat, wie dieß namentlich in Folge gewisser Erwerbungen des Ius Gentium geschehen kann. Das nudum ius quiritium ist ein gegenüber dem bonitarischen Eigenthümer von seinen Wirkungen entblößtes, bloß nominelles Recht,[cc]) das reelle Eigenthum ist das bonitarische. Darum hat der dritte Fall praktisch keine Bedeutung, und wird auch von den römischen Juristen nicht besonders hervorgehoben; daß jemand bloß bonitarischer Eigenthümer war, das gab seinem Eigenthum nun keine geringere Wirksamkeit,[dd]) nur im zweiten Fall machte es das gegenüberstehende quiritische Eigenthum nöthig, den Begriff des in bonis hervorzuheben und seine Wirksamkeit näher zu bestimmen.

Es ist noch die Klage, die dem bonitarischen Eigenthümer zustand, anzugeben. Sicher war eine Vindication, und zwar eine prätorische, also eine utilis vindicatio, und noch bestimmter eine ficticia actio, bei der die Intention von der civilis in rem actio: si paret rem A. A. esse ex iure quiritium, durch eine Fiction herübergenommen wurde.[ee]) Diese Fiction ging am natürlichsten auf

aa) Note c, v, Gai. II. 204 und Gai. I. 54: ceterum quum aput cives romanos dupiex sit dominium, nam vel in bonis vel ex iure quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur —.

bb) Gai. I. 54. III. 166.

cc) So giebt es auch nicht die Potestas über den Sclaven und die Befugniß zu manumittiren (§. 213, 2), nur Eine Wirkung hat es: durch die Freilassung einer Sclavin von dem bonitarischen Eigenthümer erhält nicht dieser, sondern der das nudum ius quiritium hatte, die Tutel nach der Lex Junia, Gai. I. 167.

dd) Mit der Ausnahme, daß er den Sclaven durch Manumission bloß zum Latinus machen konnte (§. 213, 2), und auch dieß galt vielleicht bloß, wenn neben dem in bonis ein nudum ius quiritium bestand. Ferner, er kann die Sache nicht per vindicationem legiren, aber das Legat wird aufrecht erhalten durch das S. C. neronianum, Gai. II. 196, 222. Ulpian. XXIV. 7. 11a. Auch kann er nicht Servituten iure civili auflegen, da er selbst nicht iure civili die Sache hat, nur schützt der Prätor die bestellten Servituten so gut, als das Recht des Bestellers.

ee) Ein seltsamer Einfall ist es, die formula petitoria (§. 168) sei die Klage aus dem bonitarischen Eigenthum gewesen, da Gaius (IV. 92), wo er sie der Actio per sponsionem entgegensetzt, sagt, es sei die Formel, qua actor intendit, rem suam esse, ohne den Zusatz: ex iure quiritium, den er aber hier (während er anderwärts vorkommt) aus dem logischen Grund wegläßt, weil im

eine Erwerbung ex iure civili, und hier lag im allgemeinen keine näher als die Usucapion. Diese hatte eine doppelte Bestimmung: 1) das Eigenthum sicherer zu stellen, als durch die problematische Wirksamkeit der derivativen Erwerbungen geschieht (§. 233) 2) die formell mangelhafte Erwerbung zu ergänzen, also das nichtquiritische in quiritisches Eigenthum zu verwandeln.[ff]) Wollte also der Prätor die Vindication auf den bonitarischen Eigenthümer übertragen, so geschah dieß am einfachsten durch Fiction der vollendeten Usucapien. Eine solche Vindication mit dieser Fiction finden wir wirklich in unseren Quellen, die publiciana in rem actio (§. 233); die Theorie, welche das justinianische Recht davon giebt, ist freilich nur für eine andere Anwendung der Klage bestimmt, die oben dargestellt worden ist, dieß schließt aber natürlich die Anwendung auf das bonitarische Eigenthum nicht aus, die im justinianischen Recht keinen Platz finden konnte.[gg]) Wenn wir sonach annehmen, daß die Publi-

---

Gegensatz zur intentio in personam in Folge der Sponsio nichts darauf ankam, der Zusatz vielmehr nur den Gegensatz geschwächt hätte. Aber ganz abgesehen davon, ist jene Behauptung von vorn herein unhaltbar, weil die formula petitoria eine gewisse Klagform, aber keine Klage ist. Sicherlich wurde auch die Klage aus dem bonitarischen Eigenthum per formulam petitoriam angestellt, wie denn ferner ganz ohne Zweifel ihre formula eine arbitraria war, aber wenn jemand auf die Frage: welches ist die Klage aus dem bonitarischen Eigenthum? antworten wollte: es ist die formula arbitraria, so wäre das nicht wunderlicher, als wenn er sagte: es ist die formula petitoria.

ff) Beide Bestimmungen hebt Gaius hervor II. 41 — 44, mit der letzteren macht er den Anfang. — Von dem Standpunkt des reinen Civilrechts hat der bonitarische Eigenthümer vor dem bonae fidei possessor nichts voraus, beide sind ihm Nichteigenthümer, und bloß in conditione usucapiendi, civiles possessores.

gg) Nicht entgegen steht die Fassung des prätorischen Edicts in den Digesten (§. 233 Note e). Ich nehme nicht an, daß die Interpolation, welche hier in der Stelle sichtbar ist — denn der Prätor sprach nach L. 7 §. 11, L. 8 D. de public. (6, 2) ausdrücklich von dem, qui bona fide emit, statt dessen Compilatoren die Worte ex iusta causa eingeschaltet haben, um gleich von vorn auszudrücken, daß die Klage sich nicht auf den Kauf beschränke — unseren Punkt betreffe. Aber die uns überlieferten Worte können möglicherweise nur ein Theil des Edicts über die Publiciana sein, das für das justinianische Recht noch allein praktische, während der vorausgehende, das bonitarische Eigenthum betreffende, weggelassen wurde, ja die Worte non a domino scheinen sogar auf einen Gegensatz zu einem andern Fall, wo die exceptio dominii unwirksam ist, zu deuten. Ferner die Bemerkung des Gaius in L. 8 cit., in dem Edict (nämlich in diesem Theil desselben) stehe nichts von pretium solutum, man müsse daher annehmen, der Prätor habe dieses Erforderniß nicht festsetzen wollen, erhält im Grunde erst

ciana auch für das bonitarische Eigenthum bestimmt war, so folgen wir in der That nur einer gewissen Nothwendigkeit, die uns verbietet, nach einer andern Klage zu suchen, wenn eine gegebene die desiderirten Eigenschaften vollständig besitzt. So erklärt sich denn auch erst vollkommen die Hervorhebung von Kauf und Tradition im Edict, es war der Hauptfall des bonitarischen Eigenthums, den auch Gaius so besonders hervorhebt. Aber Gaius beschreibt auch wirklich die Publiciana ganz so, daß es fast unstatthaft wird, anzunehmen, er habe bloß die bonae fidei possessio im Sinne gehabt.[hh]) Allerdings jedoch war die Publiciana nicht die ausschließliche Klage für das bonitarische Eigenthum, sie wurde nur angewendet, wo die Erwerbung mit einem Besitzerwerb verbunden war.[ii]) In anderen Fällen wurde die Fiction auf andere Erwerbsarten gerichtet, so bei dem bonorum possessor auf das Erbrecht.[kk]) Endlich gab es einen Fall, wo dem bonitarischen Eigenthümer die Vindicatio ohne Fiction, nämlich so gegeben wurde, wie sie ein Cognitor oder Procurator für den Eigenthümer anstellt.[ll])

---

dann ihre volle Prägnanz, wenn in einem andern Theil des Edicts diese Bedingung gestellt war, und dieß war der das bonitarische Eigenthum betreffende; erst dann konnte die dortige Weglassung vollkommen zu dem Schluß berechtigen, den Gaius macht.

hh) Gai. IV. 36: datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. nam quia non potest eam ex iure quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex iure quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo: iudex esto. si quem hominem etc. vgl. §. 233 Note e).

ii) In ihrer zweiten Anwendung wurde sie über diesen Fall hinaus erweitert (§. 233 Note h), bei dem bonitarischen Eigenthum war kein Bedürfniß dafür.

kk) Gai. IV. 34: — is qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. cum enim praetorio iure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse — itaque ficto se herede intendit, veluti hoc modo: iudex esto. si A. A. (id est ipse actor) Lucio Titio heres esset, tum si fundum d. q. a. ex iure quiritium eius esse oporteret —.

ll) Gai. IV. 35. Die Klage heißt dort serviana, hier rutiliana. Diese Namen können indessen nicht auf gleiche Linie mit dem der Publiciana gestellt werden, weil der letzte die Form für eine gewisse Klage im materiellen Sinn bezeichnet, nicht so jene Formen, die sich vielmehr auf alle aus der Person des Erblassers ꝛc. anzustellenden Klagen (in rem und in personam actiones) bezieht.

Die Beschränkung des quiritischen Eigenthums in Beziehung auf den Erwerb, wovon bisher die Rede gewesen ist, war sehr wichtig vor der Entstehung des bonitarischen; seit dieser Zeit und seit dieses letztere in Beziehung auf den Schutz materiell jenem gleichgestellt war, hatte sie ihre praktische Bedeutung größtentheils verloren, da man mit dem bonitarischen in der Hauptsache so weit kam als mit dem quiritischen Eigenthum. Genau genommen war es nur ein einziger Punkt, in welchem der bloß bonitarische Eigenthümer sich reell zurückgesetzt finden konnte: die Wirkung der Manumission eines Sclaven (Note cc und dd). Die übrigen Unterschiede waren formelle, die von den römischen Juristen noch festgehalten wurden, in der vierten Periode aber von selbst untergiengen. Es wurde jedoch auch die latina libertas aufgehoben, und so konnte Justinian allerdings sagen, die ganze Unterscheidung zwischen ius quiritium und in bonis sei ohne Gehalt, das ius quiritium ein leeres Wort und solle völlig abgeschafft sein. [mm])

Aber nicht bloß in seinem Gegensatz gegen das in bonis ist das quiritische Recht abgeschafft, sondern auch gegen das Eigenthum an Provincialgrundstücken, denn diesen Unterschied zwischen italischem und Provincialboden hat Justinian durchweg aufgehoben, [nn]) und gegen das Eigenthum der Peregrinen, denn die Unterschiede des Status Civitatis bestehen nicht mehr (§. 218). So giebt es im justinianischen Recht überhaupt nur Ein Eigenthum, dieß haben alle des Eigenthums fähige Personen an allen Sachen, die dem Privatrecht nicht entzogen sind, vermöge irgend einer der Erwerbsarten, die noch in jenem Recht anerkannt werden oder neu eingeführt sind. Aus diesem Eigenthum entspringt die civilis in rem actio, wie sie im justinianischen Recht vorkommt, ihm zur Seite steht die bonae fidei possessio mit der Publiciana, in der oben (§. 233) dargestellten Function, und ebenso ist für die exceptio (und replicatio) rei venditae et traditae nur die Anwendung auf den, welcher die Sache von einem Nichteigenthümer empfangen hat, wenn dieser oder

mm) Cod. VII. 25: de nudo iure quiritium tollendo. Er hebt den Punkt, in dem man bis auf die neuere Zeit noch einen Unterschied machen konnte, besonders hervor: — sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus, *sive servi* sive aliarum rerum ad se pertinentium.

nn) pr. I. de usuc. (2, 6). L. un. C. de usuc. transform. (7, 31), un. §. 15 C. de rei ux. act. (5, 13.)

seine Successoren nachher das Eigenthum gegen jenen oder seine Successoren geltend machen wollten, übrig geblieben.[oo])

So hat die civilistische Geschichte des Eigenthums dieses allmählich wieder auf den Zustand der Einheit zurückgeführt, von dem sie ausgegangen war. Auch von seiner politischen Geschichte läßt sich eine solche Rückkehr auf frühere Zustände nur unter andern Formen und Umgebungen für die späteren Zeiten behaupten, eine wenn auch nicht bewußte und absichtliche Tendenz zu dem System des ausschließlichen Staatsgrundeigenthums. Die kaiserlichen Domänen wuchsen ins Unermeßliche an, der Grundbesitz der Großen im Staat, die in verschiedenen Theilen des römischen Reichs zu einer Art von wenigstens factischer Landesherrlichkeit sich zu erheben strebten, vergrößerte sich zusehends, zwischen diesen Potenzen wurde der Raum für die kleineren Grundeigenthümer immer enger, ihre Existenz immer schwieriger. Die heillose Steueradministration war ganz geeignet, die Verdrängung des kleineren Grundeigenthums zu befördern, sie machte es für den einfachen Privatmann zu einem verderblichen Bestandtheil des Vermögens, während die Mächtigeren dem Drückenden der Last sich zu entziehen wußten. Ganze Landstriche wurden von den Eigenthümern verlassen, die auf andere Art, als Colonen oder als Pächter oder auch in den Städten ein Unterkommen suchten, andere setzten sich in unterthänige Bauern der Großen um, denen sie ihr Grundeigenthum aufgaben. In den Gesetzen seit Constantin kommt ein Patrocinium der Vornehmen vor, dem sich die Landbewohner ergaben, und von ihnen Schutz gegen die Bedrückungen der Steuerbeamten zu erhalten, ja sich den unmittelbaren Steuern an den Staat ganz zu entziehen und sich darin von dem Patron vertreten zu lassen, indem sie sich zu Abgaben gegen diesen verpflichteten und ihn dadurch gewissermaßen zum Obereigenthümer ihres Grundbesitzes machten. Zu einer anerkannten rechtlichen Gestalt konnte damals dieses Verhältniß nicht gelangen, denn es wurde natürlich von der Staatsregierung unter schweren Strafen verboten;[pp]) die stets sich erneuernde Wiederholung dieser

oo) Dig. XXI. 3: de exceptione rei venditae et traditae.

pp) Cod. Theod. XI. 24: de patrociniis vicorum. Cod. Iust. XI. 53: ut nemo ad suum patrocinium suscipiat rusticanos vel vicos eorum. Salvian. de gub. Dei V. 7. 8: — ac per hoc infelicissimi pauperes sic sunt quasi inter concertantes procellas in medio mari positi, nunc istarum scilicet, nunc illarum fluctibus obruuntur — (Ut vim exactionis

Verbote von Constantin an bis auf Justinian herab zeigt, wie wenig Erfolge sie hatten, und wie jener Gebrauch sich immer weiter ausdehnte, bis es ihm in den Zuständen des Mittelalters gelang, sich zu ausgebildeten und anerkannten Rechtsformen zu gestalten.

Erwerbung des Eigenthums.

CCXXXVII. Das Eigenthum kann sowohl auf originäre Weise als auch durch Succession: Singular- und Universalsuccession, erworben werden (§. 198). Die Ereignisse, an welche dort und hier die Erwerbung geknüpft ist: die einzelnen Erwerbsarten, gestalten sich verschieden. Zum Theil sind es Begebenheiten, die unwillkührlich jene Folge haben, bei denen daher der Wille des Erwerbers nicht zur Erwerbung gehört, zum Theil bestehen sie ganz oder wenigstens theilweise in Handlungen, die der Erwerber vornimmt. Unter diesen sind die Rechtsgeschäfte, welche diesen Zweck haben, auszuzeichnen; es sind theils Rechtsgeschäfte, die das Jus civile mit dieser Wirkung bekleidete und für die es seinem Charakter gemäß in der Regel eine solenne Form vorschrieb, theils bestehen sie in der Besitzerwerbung, dieß ist die Form, welche dem Jus Gentium zugeschrieben wird.

Aber diese Unterscheidung von civilrechtlichen und natürlichen Erwerbungen beschränkt sich nicht auf diese Fälle, alle Erwerbungen werden darunter begriffen (§. 236).[a] Nach dieser Eintheilung, die lange Zeit im römischen Recht von größter praktischer Bedeutung war, und die auch noch in den justinianischen Gesetzbüchern festgehalten ist, obwohl sie hier nur noch einen doctrinellen Charakter hat, sollen die einzelnen Erwerbsarten aufgezählt werden.[b]

---

evadant) — tradunt se ad luendum protegendumque maioribus, dediticios se divitum faciunt, et quasi in ius eorum ditionemque transcendunt —. Nec tamen grave hoc aut indignum arbitrarer — si patrocinia ista non venderent —. Novum quippe hoc genus venditionis et emtionis est. Venditor nihil tradit et totum accipit, emptor nibil accipit et totum penitus amittit etc.

a) Eine Ausnahme machen in gewisser Hinsicht die Erwerbungen, welche rein dem prätorischen Edict ihren Ursprung verdanken. Von der andern Seite schließen sie sich aber der Eintheilung an, indem sie die Form einer der beiden Classen annehmen.

b) Eine Aufzählung der Erwerbsarten giebt Varro (de R. R. II. 10), aber nur für das Eigenthum an Sclaven und zwar für das quiritische. Er lehrt,

Erwerbungen aus dem Jus civile.

CCXXXVIII. 1) Die ursprünglichste dieser Erwerbungen ist die Ueberweisung der Sache durch den Willen des Volks mittelst eines magistratischen Acts.

Diese Erwerbung kam am frühsten vor bei den in den Kriegen erbeuteten Sachen (Bd. I §. 40 S. 114 f.), die entweder von dem Imperator an die Soldaten vertheilt,[a]) oder in das Aerarium bestimmt und zu diesem Zweck verkauft wurden. In beiden Fällen bestand der Act der Erwerbung in der Addiction der Sache durch den Magistrat, im letzteren durch den Quästor, der den Verkauf leitete.[b]) Der Verkauf geschah ursprünglich ohne Zweifel im Einzelnen (was nicht ausschließt, daß man auch wohl Partien von Sachen zusammenfaßte), später blieb dieser Gebrauch nur bei dem wichtigsten Gegenstand der verkäuflichen Beute, den Kriegsgefangenen, er wird venditio sub corona genannt.[c]) Die übrige Beute pflegte dann (auf dieselbe Weise, an den Meistbietenden, von dem Quästor) im

---

wonach der Käufer zu forschen habe, um sich zu überzeugen, daß der Verkäufer wirklich Eigenthümer sei: In emtionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt; si hereditatem iustam adiit, si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit, aut si in iure cessit cui (l. qui) potuit cedere et id (ibi) ubi oportuit, aut si usu cepit, aut si e praeda sub corona emit, tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit. Eine andere, zum Theil vollständigere Aufzählung hat Ulpian (XIX. 2): Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in iure cessione, adiudicatione, lege, sie erstreckt sich auf alle Sachen, beschränkt sich aber ebenfalls auf das quiritische Eigenthum, und schließt überdieß die adquisitiones per universitatem aus. Gaius (II. 15 sqq.) zieht auch die Erwerbungen aus dem Jus Gentium herein, er nennt mancipatio und traditio, in iure cessio, usucapio (alle diese faßt er unter den Begriff der Alienation), sodann occupatio, alluvio und andere Fälle der Accession, z. B. Specification, dann geht er über auf die adquisitiones per universitatem.

a) Diesen Fall meint Cicero (de invent. I. 45): si dici possit ex hostibus equus esse captus, cuius praedae sectio non venierit —.

b) Gell. XIII. 24 a. E. Hier wird bemerkt, die Beutesachen selbst hießen praeda, manubiae dagegen das daraus für das Aerar gelöste Geld.

c) Der Ausdruck wird abgeleitet von den Kränzen, mit welchen die Kriegsgefangenen zum Verkauf ausgestellt wurden. Diese Sitte ist eine Thatsache, aber damit ist noch keineswegs erwiesen, daß sie es ist, welche die erste Veranlassung zu jener Benennung gegeben hat, es läßt sich auch der umgekehrte Fall denken. Wahrscheinlich bedeutet der Name ursprünglich die Oeffentlichkeit des Verkaufs, der vor dem Volk, im Ring, unter dem Umstand des Volks geschah. Gell. VII. 4. — Bei Gaius und Ulpian kommt dieser Kauf nicht mehr als eine besondere

Ganzen verkauft zu werden, so daß man die Vereinzelung dem Käufer überließ, auf den das Gesammte als universitas übergieng, dieß wird sectionem venire, der Käufer sector genannt.[d]) Ein Speer wurde bei diesen Verkäufen aufgesteckt, er bezeichnete die Beute, dieses Zeichen wurde nachher auf alle derartigen Verkäufe von Staatswegen übertragen.[e])

Jener Erwerbung beweglicher Sachen entspricht bei Grundstücken der Uebergang des ager publicus in das Privateigenthum. Auch dieser geschah auf doppelte Art (entsprechend der Vertheilung und dem Verkauf der Beute), entweder durch Assignation, die durch eine lex agraria oder de coloniis deducendis angeordnet, von den dadurch ernannten Magistraten ausgeführt wurde, oder durch quästorischen Verkauf (ager quaestorius §. 223 g. E.). In späteren Zeiten pflegte die Assignation bei italischem Land durch Mancipation von den Magistraten an die Empfänger, in den Provinzen durch einen Scheinverkauf (nummo uno vendere) und Besitzüberlieferung zu geschehen;[f]) hier ist also die Assignation nicht mehr selbst eine besondere Erwerbsart, sondern nimmt die Form einer andern, der Mancipation oder Tradition, an, und dasselbe galt ohne Zweifel (eben wie nach Note c a. E. bei dem Verkauf der Kriegsgefangenen) auch von dem quästorischen Landverkauf. — Auch das prätorische Recht hat Erwerbungen durch Decret des Magistrats, die einzelne Sachen betreffen, z. B. das possidere iubere wegen verweigerter cautio damni infecti (§. 231 Note u), doch könnten diese auch unter den Gesichtspunkt einer Tradition und Occupation gebracht, wenigstens als bloße anomale Gestaltungen dieser Erwerbsarten betrachtet werden.

Eigenthumserwerbsart vor, ohne Zweifel, weil er es nicht mehr war, also in dieser Hinsicht wie ein anderer Kauf behandelt wurde.

d) Im ersten Fall nimmt der Staat selbst die Sectio vor, hier verkauft er die Sectio an einen Andern.

e) Paul. Diac. ex Festo: Hastae subiiciebantur ea, quae publice (d. i. durch einen Magistrat im Namen des Volks) venum dabant —. Für einen Privatverkauf dagegen an die Meistbietenden wird das Wort auctio gebraucht, daher wählt Cicero (agraria I. 1. 2) dieses Wort, um das Verfahren eines Tribuns zu tadeln: proscribit auctionem publicorum bonorum — auctionem populi romani proscriptam a tribuno plebis —.

f) Rudorff, Ackergesetz des Sp. Thorius, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. X S. 115 ff.

Unter diese Rubrik der Erwerbung gehören aber überhaupt alle die Fälle, wo Güter, die dem Staat zugefallen waren (bona publicata): von Schuldnern des Staats (§. 179), von Beurtheilten, oder aus einem andern gesetzlichen Grund, durch die Behörden (publice) verkauft wurden, deren Käufer (sectores, oder mit einem allgemeineren Namen bonorum emtores) das Eigenthum an den dazu gehörigen Sachen durch die Addiction als Universalsuccessoren erwerben. Diesen schließen sich später die venditiones bonorum an, welche die Prätoren (als Executionsmittel für Privatgläubiger, §. 179) eingeführt haben, und die für die bonorum emtores eine prätorische Universalsuccession und damit das bonitarische Eigenthum zur Folge haben.[g])

Im justinianischen Recht sind die hier genannten Erwerbungen entweder überhaupt weggefallen, wie die Verkäufe von Gütern als Gesammtheiten bei der Beute und zur Execution, indem an ihre Stelle Subhastationen der einzelnen Stücke getreten sind, theils sind sie, wie dieß bei den Subhastationen der Fall ist, keine besonderen Erwerbsarten mehr, sondern geschehen in einer der gewöhnlichen Formen, namentlich durch Tradition. Nur der Kauf der dem Fiscus als vacant oder durch Confiscation angefallenen Güter bildet noch eine besondere adquisitio per universitatem, wodurch das Eigenthum an den Käufer ohne Tradition übergeht.[h])

2) Die ersten Erwerbungen waren den ältesten Römern die durch den Staat vermittelten, jener Erwerb aus der Beute bei beweglichen, und Assignation oder quästorischer Verkauf bei unbeweglichen Sachen. Sollte nun aber Eigenthum aus einer Hand in die andere übergehen, wofür der Geist des alten Rechts ebenfalls eine solenne Form forderte, so lag dem damaligen Rechtsbewußtsein keine näher, als die Anwendung der gerichtlichen Vindication. Darin besteht die In Iure Cessio, welche an die obigen Erwerbungen dadurch sich anknüpft, daß sie unter der Autorität des Magistrats durch eine Addiction desselben vor sich geht. Der Eigenthümer begiebt sich mit dem, an welchen er veräußern will, vor den Magistrat, bei dem eine Legis Actio vorgenommen werden kann. Der Erwer-

g) Gai. III. 80. Ueber diese verschiedenen Fälle vgl. u. a. Stieber, de bonorum emtione apud vet. Rom. 1827.

h) Vgl. L. 54 pr. D. de H. P. (5, 3.)

der tritt als Kläger auf und sagt die Vindicationsworte, der Veräußerer unterläßt die Contravindication, dem zu Folge addicirt der Prätor jenem die Sache.[i]) In dieser Anwendung auf die Eigenthumsübertragung war die In Jure Cessio schon zu Gaius Zeit und früher selten geworden (§. 236 Note e), aus dem justinianischen Recht ist sie überall verschwunden.

3) Neben der In Jure Cessio entstand ein reiner Privatact für die Uebertragung des Eigenthums, eine Handlung, die in dem alten Rechtsverkehr überhaupt eine sehr bedeutende Stelle einnimmt: die Mancipation.[k]) Der Act geht vor sich in Gegenwart von fünf Zeugen, mündigen römischen Bürgern (oder Latinen), und einer sechsten Person derselben Qualität, die eine Wage hält und libripens genannt wird. Der Erwerber (qui mancipio accipit) ergreift die Sache mit den Worten: hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra, schlägt mit einem Stück Erz an die Wage („raudusculo libram ferito"),[l]) und giebt es gleichsam als Kaufpreis an den Veräußernden.[m]) Bewegliche Sachen müssen gegenwärtig sein, und es können nicht mehr, als auf einmal ergriffen werden können, auf einmal mancipirt werden; anders bei Grundstücken, hier fällt das Ergreifen, damit auch die Nothwendigkeit der Anwesenheit bei dem Grundstück weg, und es können mehrere und an verschiedenen Orten liegende zugleich mancipirt werden. Ein Besitzerwerb ist mit der Mancipation nicht verbunden, die Tradition ist ein davon ganz verschiedener Act, dieß ist am klarsten bei Grundstücken,[n]) aber auch bei beweglichen Sachen ist jenes Ergreifen, das hier ein wesentliches Stück der Mancipation ist, nicht als Apprehension des Besitzes zu ver-

---

i) Gai. II. 24. Ulpian. XIX. 9. Isidor. V. 25 cessio est propriae rei concessio — nam aliena restituimus, non cedimus, nam cedere proprie dicitur, qui contra veritatem alicui consentit.

k) Gai. I. 119—122. Ulpian. XIX. 3—6. (Leist, Mancipation und Eigenthumstradition (1865) S. 1—199. R.)

l) Varro, de L. L. V. 163. (Worte des Libripens. R.)

m) Damit war alles Wesentliche geschehen. Gewöhnlich aber beschloß den Act noch eine Aufforderung (ob von dem Mancipanten oder dem Empfänger, ist ungewiß) an eine Person, zu sehen, daß alles gehörig geschehen sei, diese Aufforderung hieß antestari aliquem, der Aufgeforderte selbst antestatus. Vgl. Huschke, T. Flav. Syntr. donationis instrum. p. 43 sqq. und Walch, de antestato in mancipatione 1840.

n) So auch Gai. IV. 131.

stehen,[o]) obwohl sich natürlich auch diese Wirkung, wenn es die Absicht war, damit verbinden konnte, und gewöhnlich damit verband. Die Mancipatio wird eine imaginaria venditio genannt, sie ist einem Verkauf nachgebildet, bei dem der Kaufpreis zugewogen ward, sie selbst aber ist eine bloße Form, welche anwendbar ist, aus welchem Grund auch das Eigenthum übertragen werden soll, ob vermöge eines wirklichen Verkaufs (der dann ein von der Mancipation ganz abgesondertes Rechtsgeschäft ist), oder einer Schenkung u. s. f.[p])

---

o) So wenig als derselbe Act bei der Vindication (§. 161).

p) Der allgemeinste Ausdruck für die Form ist: quod per aes et libram geritur. Die Handlung, von der hier die Rede ist, heißt mancipium, mancipii datio, mancipatio. Das Wort nexum haben einige der alten Juristen in jenem allgemeinsten Sinn gebraucht, andere haben so die Handlung in ihrer Anwendung auf Obligationen (ihre Entstehung und Aufhebung) genannt: nexi datio, nexi liberatio, und unterscheiden so das nexum von dem mancipium. Beides kann auch zusammen vorkommen, mit der Mancipation kann sich eine Obligatio verbinden. So verknüpft sich auch bei dem testamentum per aes et libram mit der Mancipation des Vermögens noch ein anderer Act, die nuncupatio. Eine besondere Anwendung der Aes et Libra Solennität ist die coëmtio, als Entstehungsart der Manus über eine Frau. Vgl. über jene Sätze Varro, de L. L. VII. 105. Fest. v. nexum. Cic. top. 5. (Nach der Ansicht des Verfassers und Iherings (Geist II, 2. S. 569) ist also die Mancipation ein reiner Formalact gleich der in iure cessio. Allein dieser Ansicht, so allgemein sie verbreitet ist, stehen folgende Gegengründe entgegen. Einmal ist die Mancipation Erwerbshandlung, nicht wie die iure cessio eine Schutzhandlung. Für Erwerbs- und Verpflichtungshandlungen aber gilt das Princip, daß der nackte Vertrags- und Veräußerungswille zur Ergänzung einer civilen Rechtswirkung nicht genügt, wenn er nicht in einer civilrechtlich anerkannten causa verkörpert ist (Ulp. 19, L. 7 §. 2 D. de pact. 2, 14.) Zweitens hat sich die Mancipation von der materiellen causa emptionis niemals ganz abgelöst. Dieß ergiebt sich aus dem zweiten Theil des Formulars isque mihi emptus esto hoc aere aheneaque libra, der nicht mit Ihering auf die nexi liberatio, welche überall nicht in das Kaufgeschäft gehört, sondern auf die Nothwendigkeit der reellen Preiszahlung nach §. 41, I. de rer. div. (2, 1) zu beziehen ist, weshalb der Verkäufer mit der actio auctoritatis auf das Doppelte haftet und bei Schenkungen und Fiducia, wo die Evictionsleistung wegfällt, nur nummo uno mancipirt wird, vgl. L. 37 C. de don. (8, 54) und die spanische Fiduciartafel. Zeitschr. für R. G. IX. (1870) S. 118. Endlich drittens wird bei Eigenthumsentäußerungen zu anderen Zwecken als dem wirklichen Verkauf statt der emptio die donationis oder fidei fiduciae causa genannt, das Geschäft bleibt aber gleichwohl noch eine emptio venditio: neben dem raudusculum der alten imaginären venditio erscheint nämlich entweder ein pretium (fr. Vat. 50) oder ein nummus unus; denn ohne dieses wäre kein Kauf mehr, mit dem Einen oder dem Andern aber ist es insofern noch ein Kauf, als der Kaufpreis facultativ ist L. 22 §. 3 L. 46 D. locati (19, 2). Die Mancipation ist mithin entweder 1) Scheinkauf und wirklicher Kauf oder 2) Scheinkauf und Kauf zu einem andern Zwecke, oder 3) Scheinkauf, wirklicher Kauf

Die Mancipation, wie die In Jure Cessio wird durch die Zwölf Tafeln bestätigt. [q])

---

und Kauf nummo uno, was noch Leist Mancipation S. 161. 170. 176 bestreitet, nunmehr aber die Fiduciartafel 16, 15 deutlich ergiebt, vgl. Krüger, Krit. Vers. S. 43. R.)

q) Fragm. vat. 50: — quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat. Die Stelle für die Mancipation ist wahrscheinlich die von Festus (v. nuncupata) gegebene: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. (Aus der Zusage, — nicht wie Jhering, Geist (II, 2. S. 571) annimmt aus dem furtum nec manifestum des Kaufpreises haftet der Verkäufer im Fall der Eviction und für Mängel auf das Doppelte (Cic. de off. 3, 16 ac de iure quidem praediorum sancitum est apud nos iure civili ut in his vendendis vitia dicerentur quae nota essent venditori. nam cum ex XII Tabulis satis esset ea praestari quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset dupli poenam subiret, a iureconsultis etiam reticentiae poena est constituta. Paul. sent. 2, 17, 3 res empta, mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur. Diese Verpflichtung auf das Doppelte kann durch Bürgenstellung verstärkt werden, eine solche Verstärkung der actio auctoritatis nannte man satisdatio secundum mancipium zum Unterschiede von der Verpflichtung des sponsor oder fidepromissor für die verborum obligatio: Cic. ad Att. 5, 1. 2. Sunt aliquot satisdationes secundum mancipium in his et Memmianorum praediorum vel Atilianorum. Grammatici Latini ed. Keil, IV. p. 300 s. s. 11 satis secundum mancipium und die spanische Fiduciartafel (vgl. Degenkolb in der Zeitschr. für R. G. IX (1870) S. 119.) Z. 15, pecunia praesenti venderet, mancipio pluris sestertio nummo uno invitus ne daret neve satis secundum mancipium daret neve ut in ea verba quae in verba satis secundum mancipium dari solet repromitteret neve simplam neve [*duplam*] cf. Varro de L. L. VI, 74 M. Der Bürge wurde im gemeinen Leben (vulgo) auctor secundus genannt, L. 4 pr. L. 56 pr. D. de evict. (21, 2) sei es weil er in der Kaufurkunde den zweiten Platz einnahm oder weil er erst nach Excussion des Verkäufers belangt zu werden pflegte. Die Verpflichtung des Verkäufers ist also strenger als gewöhnlich; nach den Regeln der condictio sine causa würde er, im Fall der Eviction nur den Kaufpreis zurückgeben. Der Grund der größeren Strenge ist die infitiatio vor den Volkszeugen, die Lüge und Täuschung in Betreff des Eigenthums und der Gewähr. Daraus erklärt sich zugleich die mancipatio nummo uno: wo keine Gewähr geleistet wird, mußte man die simpla auf ein Minimum reduciren; ganz weglassen konnte man sie nicht, weil ohne Geld kein Kauf existirt und seit der Silberwährung konnte das Raudusculum nicht mehr zum Uebergang des Eigenthums ausreichen (§. 241). Die Verpflichtung zur Gewährleistung fällt aber gesetzlich weg, wenn der Käufer usucapirt hat (L. 54 D. de evict. 21, 2), der Verkäufer hat gegen die Regreßklage nach 1, 2, 5 Jahren eine Einrede, welche die Byzantiner exceptio annalis contractus italici nannten: L. 1 C. de ann. exc. (7, 40) L. 14 pr. C. de serv. (3, 34), die Bürgen schützte die lex Furia de sponsu, indem sie die Verpflichtung auf ein biennium herabsetzte, welches in der satis datio secundum mancipium praediorum als eines besonders wichtigen Objects seinen Ausgangspunkt hatte, vgl. Gai. 3, 121 fr. Vat.

Aber während die früher erwähnten Erwerbungen des quiritischen Eigenthums bei allen Sachen stattfanden, welche dieses Eigenthums fähig sind, ist die Mancipation auf gewisse Gegenstände eingeschränkt. Diese heißen eben darum Gegenstände der Mancipation, res mancipi (mancipii),[r] die übrigen werden als res nec mancipi ihnen entgegengesetzt.[s]

Von den Sachen sind res mancipi und also Gegenstände der Mancipation als Eigenthumsübertragung: 1) italische Grundstücke (seien es praedia rustica oder urbana); 2) Sclaven; 3) einheimische Zug- und Lastthiere (quadrupedes quae dorso collove domantur), also Rinder, Pferde, Maulesel, Esel. Kameele und Elephanten sind res nec mancipi. Die Proculianer forderten aber auch bei jenen den wirklichen Gebrauch zum Ziehen oder Tragen, oder wenigstens die Erreichung des dazu tauglich machenden Alters, die Sabinianer hielten sie von der Geburt an für res mancipi.[t] Außer diesen Sachen sind noch res mancipi: 1) servitutes praediorum rusticorum (§. 253. 256); 2) freie Menschen, wenn sie in potestas, manus oder mancipium sind (§. 214, 5); 3) unter Umständen auch ein Vermögen (familia), nämlich bei der Errichtung eines Testaments.

Man hat über den Grund, auf dem jene Unterscheidung beruht, unzählige Meinungen aufgestellt.[u] Diese Mannigfaltigkeit der Ansichten ist dadurch entstanden, daß man nur darauf ausgegangen ist, das gemeinschaftliche Merkmal der res mancipi gegenüber den res nec mancipi aufzufinden, und etwa ein solches, das jenen ein hinlängliches (politisches oder nichtpolitisches) Gewicht gebe, um ihre be-

334. L. 72 D. de procur. (3, 3), L. 37, L. 69 D. de fidei. (46, 1), L. 38 §. 4 L. 71 §. 1 D. de solut. (46, 3), L. 4 D. de div. temp. (44, 3), L. 25 §. 1 D. ratam. (46, 8) u. a. m. R.)

r) Niebuhr, röm. Gesch. I Anm. 1044. Die Bemerkung, daß mancipi der contrahirte Genitiv sei, hat schon Vossius gemacht de arte gramm. III. 46.

s) Ulpian. XIX. 1. Gai. II 15—17. I. 120.

t) Ob Isidorus (orig. IX. 4, 45), wenn er sagt: haec enim animalia statim ut nata sunt, mancipium esse putantur; nam et ea, quae in bestiarum numero sunt, tunc videntur mancipium esse, quando capi sive domari coeperunt, eine solche dritte Ansicht wirklich in seinen Quellen vorfand, oder ob er nur mißverstand, was er von der Möglichkeit des Eigenthums überhaupt las (Gai. II. 67), mag dahingestellt bleiben.

u) Die neueren stellt zusammen Danz, Lehrbuch der Gesch. d. R. R. S. 192.

sondere Hervorhebung erklärlich zu machen.[v]) Aber damit ist das Problem nicht zu lösen, es kommt vielmehr darauf an, den Zusammenhang jener als res mancipi hervorgehobenen Sachen mit der Mancipation zu ermitteln. Vor allem muß das Verhältniß dieser Sachen zu der Mancipation selbst festgestellt werden. Eine gewöhnliche Vorstellung ist: res mancipi seien Sachen, welche mancipirt werden müßten, um vollständig, d. i. zu quiritischem Eigenthum veräußert zu werden.[w]) Diese Vorstellung ist schon deswegen unrichtig, weil die Mancipation nichts weniger als die ausschließliche Erwerbsart dieser Sachen, ja nicht einmal die ausschließliche Veräußerungsart ist, sie können auch durch In Jure Cessio veräußert werden.[x]) Vielmehr sind sie zu bestimmen als Gegenstände, die mancipirt werden können, so daß bei allen andern die Mancipation unanwendbar ist, keine rechtliche Wirkung hat. Dieß ist für gewisse res nec mancipi unwidersprechlich; die Servituten sind theils res mancipi, theils res nec mancipi, niemand versteht hier die Eintheilung so, daß alle Servituten mancipirt werden könnten, und daß die Rusticalservituten, weil sie als res mancipi erklärt seien, mancipirt werden müßten, vielmehr muß jeder zugeben, daß

v) So hat man die res mancipi als diejenigen erklärt, die für die Römer, als Ackerbau treibendes Volk, in alter Zeit die kostbarsten gewesen seien (Hugo), oder für Pertinenzen eines Landguts, dieses eingeschlossen (Walter), oder als die censirbaren Sachen (Niebuhr, der aber mancipium für Eigenthum nimmt, und daher res mancipii für Gegenstände des quiritischen Eigenthums), oder als die Gegenstände der Beute (Manhayn, über den Ursprung und die Bedeutung der r. m. u. n. m. im alten R. R. 1823). Es war nicht der Mühe werth, die Priorität der zuletzt erwähnten Meinung dem dafür angeführten Schriftsteller zu bestreiten, wie es seiner Zeit geschehen ist. Sie liegt so nahe, daß man sehr leicht darauf kommen konnte, es ist aber mit ihr allein noch nichts gewonnen, wenn nicht die rechte Folgerung daraus gezogen wird.

w) Von diesem Standpunkt kommt man auf die gewöhnlichen Erklärungen, die nur erklären wollen, warum man für die Veräußerung eine feierliche Form gefordert hat, nicht aber, warum diese Form die Mancipation ist.

x) Was man eigentlich bei jener Vorstellung im Sinn hat, ist, daß die res nec mancipi durch bloße Tradition veräußert werden können; man verläßt also, indem man sie erklären will, die römische Eintheilung, und substituirt ihr stillschweigend die in res quae traditione alienari possunt und non possunt. Würde nun diese auch zufällig ganz mit der in res nec mancipi und mancipi äußerlich zusammentreffen, so wäre die letztere doch immer eine andere, wie sich schon aus der außerdem unerklärlichen Benennung ergiebt, aber jenes ist nicht einmal der Fall, es giebt res nec mancipi, bei denen die Tradition keine civilrechtliche Wirkung hat.

nur die letzteren der Mancipation fähig sind.[y]) Warum sollte nun bei andern Gegenständen die Eintheilung plötzlich eine andere Bedeutung haben? Daß dieß nicht so ist, zeigt zum Ueberfluß Ulpian, welcher die Mancipation propria species alienationis rerum mancipi nennt: was er damit meint,[z]) ergiebt sich daraus, daß er im Gegensatz dazu die usucapio und in iure cessio eine communis alienatio et mancipi rerum et nec mancipi nennt (und er wiederholt dieß auch bei den folgenden Erwerbsarten), also die Mancipation ist nach ihm keine solche, d. i. sie findet nicht auch bei res nec mancipi Statt. Eben so sagt er von der Tradition, sie sei propria alienatio rerum nec mancipi, es ist von selbst klar, daß er ihr damit die Eigenschaft einer Alienation bei res mancipi abspricht.[aa])

---

y) Gai. II. 29: Sed iura praediorum urbanorum in iure tantum cedi possunt, rusticorum vero etiam mancipari possunt.

z) Es könnte nämlich entweder heißen: die res mancipi können nur durch Mancipation gegeben werden, oder: die Mancipation ist nur bei res mancipi anwendbar. Das erste wär eine offenbar falscher Satz, also bleibt allein das zweite, und dieß wird durch das im Text Folgende bestätigt. (Außerdem durch Cic. top. 10 finge mancipio aliquem dedisse id quod mancipio dari non potest [schon Boethius erklärt dieß durch: si quis rem nec mancipi mancipaverit], num idcirco id eius factum est, qui accepit? aut num is, qui mancipio dedit, ob eam rem se ulla re obligavit? R.)

aa) Ulpian. XIX. 3. 7. 8. 9. 16. 17. Daß man im bürgerlichen Verkehr zuweilen die Mancipation auf solche res nec mancipi, auf die man ein großes Gewicht legte, und deren Veräußerung und Erwerbung man daher mit einer gewissen Solennität umgeben wollte, angewendet habe, ist eine Möglichkeit, die auch ohne besonderes Zeugniß zugegeben werden kann, die aber den aufgestellten Begriff nicht verändert. Ein Jurist, dem ein solcher Fall vorgelegt worden wäre, würde respondirt haben: ist dir diese Sache bloß mancipirt worden, nicht auch tradirt, so bist du nicht Eigenthümer geworden, ist das letztere zugleich geschehen (wie es bei der Mancipation beweglicher Sachen gewöhnlich ist), so hast du Eigenthum durch die Tradition erworben, das Hinzukommen des juristisch wirkungslosen Acts der Mancipation schadet nicht, und natürlich ist es dir überdieß unverwehrt, deine s. g. Mancipationszeugen und Libripens als Beweiszeugen für die geschehene Tradition zu benutzen. — Als Zeugniß für eine solche Anwendung der Mancipation hat man Tac. annal. I. 73 angeführt, wo von der Mancipation einer Statue die Rede sei, aber Tacitus spricht ausdrücklich von dem Fall der Veräußerung eines Grundstücks mit der darauf befindlichen Statue, nicht von einer Mancipation der Statue als einer besonderen Sache. Ein zweites Zeugniß hat man bei Plin. hist. nat. IX. 60 (35) gefunden. Dieser, die Luxusartikel: Perlen und kostbare Gewänder, denen die Mode fast gleichen Werth beilege, gegen einander abwägend, bemerkt: et hoc tamen (er spricht von Perlen erster Größe) aeternae prope possessionis est, sequitur heredem, in mancipatum venit ut praedium aliquod, conchylia et purpuras

Nun läßt sich erst die Frage nach dem Grund der Unterscheidung richtig fassen und beantworten. Die Frage ist: warum sind bloß jene Dinge, die darum unter dem Ausdruck res mancipi zusammengefaßt werden, als Gegenstände der Mancipation anerkannt worden? Dieser Grund muß in der Mancipation selbst gesucht werden, zugleich aber müssen wir eben darum von den Gegenständen absehen, auf die offenbar diese Handlung von Anfang nicht berechnet war, auf die sie erst nachher übergetragen worden ist. Dieß sind alle die, bei denen das manu capere der prägnanteste Theil der

---

omnis hora atterit . . . (An einem andern Ort vergleicht er in dieser Hinsicht noch die Parfümerien mit jenen beiden Artikeln, wodurch die Gewänder auf eine Mittelstufe sich erheben: haec est materia luxus e cunctis maxime supervacui. Margaritae enim gemmaeque ad heredem tamen transeunt, vestes prorogant tempus, unguenta illico exspirant ac suis moriuntur horis, XIII. 4.) Dirksen (vermischte Schriften 1841 S. 78 ff.) will jene Stelle, um eine Mancipation der Perlen zu entfernen, von einer Gesammtmancipation anderer Objecte (und zwar unter Lebenden) erklären, bei der die Perlen zurückbehalten, also von der Mancipation ausgenommen würden, eine Erklärung, die geradezu unmöglich ist, nicht weniger nach dem Resultat (was ist das für eine res mancipi, bei deren Mancipation es jemanden hätte einfallen können, eine Perle, die außerdem mit inbegriffen gewesen wäre, auszunehmen?) als nach den Worten (in mancipatum venit, — Dirksen's Plinius bezeichnet damit das, was der römische wie jeder andere Römer mit in mancipatum non venit ausgedrückt hätte). Vgl. dagegen Rudorff, Minuciorum sententia inter Gen. et Vit. dicta (1842) p. 11. 12. Die Stelle des Plinius läßt eine doppelte Erklärung zu. Geht man davon aus, kein besonderes Gewicht auf in mancipatum zu legen (und das ist bei einem nichtjuristischen Schriftsteller sehr wohl zulässig), so stellt sich folgender Sinn heraus: eine solche Perle kommt vom Vorfahr auf den Nachkommen, sie geht auch unter Lebenden von Hand zu Hand, ihre Dauer ist der eines Grundstücks zu vergleichen. Hält man aber jene Voraussetzung für bedenklich, und bleibt bei der Mancipation der Perlen stehen, so sagt Plinius: man stellt sie als ein dauerndes Gut den Grundstücken gleich, und sucht sich daher des Erwerbs durch den Gebrauch umständlicher Solennitäten zu sichern, deren Anwendung bei einem vielleicht nicht weniger kostspieligen, aber schnell verbrauchten Gegenstand eine Lächerlichkeit wäre. Nach der ersten Erklärung hört die Stelle völlig auf, für die Mancipation in Betracht zu kommen, aber auch nach der zweiten alterirt sie, wie bemerkt, die Lehre von den res mancipi und ihrer Bedeutung nicht. Das ist überdieß klar, die Aeußerung des Plinius wird hier gerade dadurch, daß die Perlen res nec mancipi sind, und die Mancipation bei ihnen keine juristische Bedeutung hat, desto nachdrücklicher. (Huschke, Zeitschr. für gesch. R. W. XII. Num. 9, bringt noch eine dritte, schon von F. C. Conradi aufgestellte Erklärung in Erinnerung, nach welcher das in mancipatum venit ut praedium aliquod die Tauglichkeit der Perlen bezeichnet, für die Verpflichtungen eines Manceps gegen den Staat statt der üblichen praedia [Richter's Jahrbb. 5, 605] als Sicherheit zu dienen. R.)

Handlung, von dem sie den Namen hat, nicht stattfand. Grundstücke, Rusticalservituten, Familia. Eine Erklärung, die nicht auf diese paßt, wird so wenig eine unvollkommene genannt werden können, daß dieses vielmehr zu den Kennzeichen ihrer Richtigkeit gehört. Es bleiben uns also Menschen und die größeren Viehharten übrig. Dieß nun sind gerade die Sachen, welche bei dem Verkauf der Beute vorkommen (s. oben 1), die in ihren zum Verkauf geschickten Bestandtheilen eben aus Kriegsgefangenen und weggetriebenem Vieh bestand.[bb] Und so ist denn die Mancipation jenem Kauf aus der Beute nachgebildet; wie diese Sachen durch eine natürliche Ergreifung in die Macht des römischen Volks gekommen waren, so kamen sie durch die civilrechtliche Ergreifung, mancipium, in die Macht des einzelnen Bürgers, und eben so auch von einer Hand in die andere, denn bei diesen Sachen wurde es gestattet, ohne in iure cessio, durch eine ihrer ursprünglichen Erwerbung nachgeahmte Solennität in Gegenwart von fünf, den Umstand des Volks repräsentirenden Zeugen das Eigenthum zu übertragen. Die Eigenschaft einer res mancipi bedeutete damals nicht eine Beschränkung, sondern eine Erweiterung ihres Erwerbs, die Befreiung von der Nothwendigkeit der In Iure Cessio; diesen Vortheil wollte man nun auch den Grundstücken und gewissen damit verbundenen Rechten zuwenden, auf welche die Mancipation ausgedehnt, und die somit unter die Zahl der res mancipi aufgenommen wurden. Zuletzt betrachtete man auch das Vermögen, um eine testamentarische Verfügung außer dem testamentum calatis comitiis und in procinctu möglich zu machen, als einen mancipirbaren Gegenstand. Erst später, als für res nec mancipi eine noch bequemere Veräußerung in der Tradition entstand, konnte der Umstand, daß eine Sache, (dieß gilt aber auch bloß von Sachen) res mancipi war, als eine Erschwerung ihrer Veräußerung erscheinen. Dieser Zeit erst gehört die Auf-

bb) Wer glaubt, bei den Raubzügen, in denen die Kriege der ältesten Römer regelmäßig bestanden, hätte man sich mit Schafen, Ziegen, Schweinen befaßt, der möge, denn wir haben für jene Verhältnisse ein uns gleichzeitiges Beispiel, bei den Tscherkessen nachfragen, ob sie bei ihren Einfällen in das Gebiet der Gränzkosaken nach andern lebenden Wesen greifen, als Menschen, Pferden, Rindern, und ob sie den Rath, eine Heerde Schafe heimzutreiben, als einen dankenswerthen aufnehmen würden. (Vgl. jedoch z. B, 2. Buch der Chron. c. 14, 15. R.)

fassung der res mancipi als der kostbareren Sachen an, worin man eine Rechtfertigung jener Erschwerung fand.[cc])

Dem justinianischen Recht ist die Mancipation fremd, die Unterscheidung von res mancipi und nec mancipi hat Justinian zum Ueberfluß noch ausdrücklich bei Gelegenheit seiner neuen Bestimmungen über die Usucapion aufgehoben.[dd])

4) Wenn der Richter im Eigenthumsproceß das Eigenthum des Klägers anerkennt, so ist dieß für diesen keine Eigenthumserwerbung, denn entweder ist er Eigenthümer, und kann es also nicht erst werden, oder er ist es nicht, dann wird er es nicht durch die Sentenz, die diesen Zweck nicht hat, sondern nur dominium quod est declarare debet.[ee]) Aber es giebt allerdings eine Sentenz, welche den Zweck und die Wirkung hat, Eigenthum zu übertragen, nämlich die Sentenz in Theilungsprozessen, insofern sie eine Adjudication enthält (§. 166 a. A.). — Die Adjudication ist daher eine Eigenthumserwerbsart, durch sie selbst, ohne daß noch ein anderer Act hinzukommen müßte, geht das Eigenthum an der adjudicirten Sache über, mag sie res mancipi oder nec mancipi sein.[ff]) Sie ist eine derivative Erwerbung, auf den Erwerber geht der bisherige Eigenthumsantheil der andern Partei über, hatte diese kein Eigenthum, so erwirbt auch der, welchem adjudicirt worden, nur die conditio usucapiendi.[gg])

5) Der Erbe wird durch Erwerbung des Erbrechts Eigenthümer der Sachen, deren Eigenthümer der Erblasser war. Dieß ist

---

cc) Gai. I. 192 betrachtet aus diesem Gesichtspunkt den Satz, daß eine Frau res mancipi nicht ohne Auctoritas Tutoris veräußern kann (vgl. §. 202, 2, b). Eigentlich stammt diese Unfähigkeit, die er durch die größere Kostbarkeit der res mancipi erklären will, aus der Unfähigkeit der Frauen zu Civilrechtsgeschäften. Als die Veräußerung der res nec mancipi durch Tradition, also durch einen Act, der kein civile negotium ist, möglich geworden war, blieben sie nur in Beziehung auf res mancipi beschränkt, deren Veräußerung nach wie vor ein civile negotium voraussetzte.

dd) Cod. VII. 31: de usuc. transform. et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi.

ee) Vgl. 8 §. 4 D. si serv. vind. (8, 5.)

ff) Ulpian. XIX. 16. §. 7 l. de off. iud. (4, 17.) Nach fragm. vat. 47 ist anzunehmen, daß die Adjudication nur dann das quiritische Eigenthum bewirkte, wenn der Judex ex lege bestellt war, nicht, wenn seine Function bloß auf dem Imperium des Magistrats beruhte (§. 159), daß also in dem letzten Fall bloß das bonitarische ihre Folge war.

gg) L. 17 D. usurp. (41, 3.)

eine Erwerbung, die mit dem Uebergang eines gesammten Vermögens verknüpft ist, eine adquisitio per universitatem. Ihr schließen sich andere adquisitiones per universitatem, theils nach Jus civile, theils nach prätorischem Recht, an. Ein solcher Uebergang ist theils die Folge eines selbstständigen Rechts an dem Vermögen, theils der potestas oder manus, die über das bisherige Subject des Vermögens erworben wird. Die näheren Voraussetzungen dieses Erwerbs kommen bei den Rechten vor, von denen er eine Folge ist.

6) Es giebt Fälle, wo unmittelbar, durch eine rechtliche Vorschrift (lege) Eigenthum erworben wird, die an gewisse Ereignisse diese Wirkung knüpft, ohne daß die Erwerbung sich mit einem Willensact verbindet, und wo namentlich keine vermittelnde Thätigkeit des Erwerbers erforderlich ist. Dahin kann der Erwerb einer vermachten Sache gehören, wovon im Erbrecht die Rede sein wird. Ferner sind die Fälle hierher zu rechnen, wo ein Eigenthümer das Eigenthum verwirkt, so daß es auf einen Andern übergeht, wie z. B. der Eigenthümer durch Zolldefraudation das Eigenthum der Sache, die zu verzollen war, an den Zollberechtigten (den Fiscus oder Publicanus) verliert.[hh]

CCXXXIX. Wir schließen die Reihe der civilrechtlichen Erwerbsarten mit der, welche zu Ergänzung der übrigen bestimmt ist, mit der Ersitzung oder Usucapion: der Erwerbung des Eigenthums durch fortgesetzten Besitz der Sache.[a]) Dieses Institut kommt in den Zwölf Tafeln unter dem Namen ususauctoritas (usus et auctoritas) vor,[b]) später heißt es ususcapio, usucapio.[c]) Als Er-

---

hh) L. 14 D. de publicanis, vectigalibus et commissis (39, 4.). L. 2 C. de vectig. et commissis (4, 61).

a) Für die Einzelheiten dieser Lehre ist vornehmlich brauchbar Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre (1828), insonderheit Thl. 2 S. 71—110, das Uebrige im ersten Theil verstreut unter die Lehren von den andern Verjährungen.

b) Cic. top. 4: — ut quoniam ususauctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus. Cic. pro Caec. 19: Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium. At utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur. Das Wort bedeutet das auf diese Weise erworbene Recht, es bezeichnet das Hinzukommen des rechtlichen Elements (auctoritas) zu dem factischen (usus), wie auch Modestinus L. 3 D. de usurpationibus et usucapionibus (41, 3) definirt: usucapio est *adiectio dominii* per

gänzung ist nachher die longi temporis praescriptio daneben getreten; im justinianischen Recht sind beide Institute verschmolzen, und ein drittes in der praescriptio xxx annorum hinzugekommen,

---

continuationem possessionis temporis lege definiti; und vielleicht hatte auch Ulpian (XIX. 8) in seiner, von Modestin offenbar copirten Definition (die drei letzten Worte sind von den Compilatoren, denen das anni vel biennii nicht mehr paßte): usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii, das Wort adiectio, das durch einen Abschreiber verdrängt worden ist, wie manche Kritiker in der Pandektenstelle adeptio statt des auffallenderen adiectio haben setzen wollen. (Isidor. V. 25: usucapio est adeptio dominii per continuationem iustae possessionis vel biennii vel alicuius temporis. R.) Die Redeweise: ususauctoritas fundi biennium est, erklärt sich so: der Erwerber kann sagen, die Zeit ist mein Recht. (Eine andere Erklärung hat Mommsen, de auctoritate [1843] §. 3 zu begründen versucht. Nach ihm bestimmt die Lex wörtlich nur das Ende der Gewährspflicht des Auctors, der sich durch die Mancipation der Sache zur Vertretung und Evictionsleistung obligirt hat. Allein wo bliebe dann die Gewährspflicht des Cedenten? Und wäre nicht wenigstens gleichzeitig in der Lex auch die Usucapion anerkannt, da die Liberation des Auctors doch nur in dem Erwerb eigener Gewähr des Successors ihren Grund haben kann? — Wieder anders übersetzt Schirmer, Grundidee der Usucapion 1855 S. 34: „der usus, der zugleich eine Bekräftigung ist, muß zwei Jahre dauern". Den richtigen Weg hat schon Boethius [p. 308 Orell.] gezeigt, indem er usus für den Genetiv nimmt: aedium usus auctoritatem biennio fieri sentit „die Bekräftigung (Gewähr) des Besitzes eines Grundstücks soll ein zweijähriger, der übrigen Güter ein einjähriger Zeitraum sein". Damit ist übrigens noch gar nicht gesagt, daß „die Zeit allein sein Recht" sei, so wenig wie es Eins der übrigen Erfordernisse, z. B. Besitz oder Titel allein ist, wie die neusten Schriftsteller [Schirmer, Stintzing, v. Scheurl] glauben, oder die bona fides, wie die ältern annahmen. Am allerwenigsten aber ist dadurch der Rechtsverlust des bisherigen Eigenthümers ausgeschlossen, ein Irrthum, in welchem Schmidt, der principielle Unterschied 1853 S. 110, sogar das Charakteristische des römischen Rechts gegenüber dem deutschen gefunden hat. — Mit unserm Satze verbindet Burckhard, Ztschr. für Rechtsgeschichte Bd. V. 1 (1868) S. 79—108 das Zwölftafelgesetz ‚adversus hostem aeterna auctoritas' und ‚rei furtivae auctoritas'. Dadurch soll der ganz neue Sinn entstehen, daß das Besitz- und Eigenthumsrecht beim Fundus 2 Jahre, bei den übrigen Sachen 1 Jahr, dem Fremden gegenüber aber das Eigenthumsrecht stets fortdauern. Allein um diesen Sinn herauszubringen, ist der Verfasser genöthigt das Besitzrecht (usus) auf Staatsland und nur die auctoritas auf das Privatland zu beziehen. Er liest daher usus (et) auctoritas fundi biennium ceterarum rerum (sc. auctoritas) annus est, obgleich Cicero sagt quarum annuus est usus, abgesehen davon, daß die völlig differenten Functionen der Besitzbekräftigung und der Rechtsgewähr verwechselt werden. Vgl. dagegen Umfried, Ztschr. für R. G. IX (1870) S. 195 f. R.)

c) VII. 10 Ut haec usucapio dicitur copulato vocabulo, *a* litera in eo tractim pronunciata, ita pignoriscapio iunctae sunt partes et producte dicebatur — —. Per quod satis dilucet, hanc capionem posse dici quasi hanc captionem, et in usu et in pignore.

welches sich jenen beiden als außerordentliche Ersitzung gegenüberstellen läßt. Wir beginnen mit der usucapio.

Die Usucapion ist eine rein civilrechtliche Erwerbung, daher ist sie für einen Peregrinen unmöglich.[d]) Sie setzt ferner voraus, daß die Sache des Eigenthums,[e]) und insbesondere des quiritischen Eigenthums fähig ist, daher findet sie keine Anwendung bei Provincialgrundstücken.[f]) Die Unterscheidung zwischen res mancipi und nec mancipi hat keinen Einfluß auf die Usucapion.

Die Bedeutung des Instituts als Ergänzung eines im allgemeinen rechtmäßigen oder als solchen vorauszusetzenden, aber doch irgendwie unvollkommenen Erwerbs, ist oben schon hervorgehoben worden (§. 233. 236). Die Usucapion ist nicht dazu erfunden, um die Sache dem zu verschaffen, welchem sie nicht gebührt, und so ihm zu einem Gewinn auf Kosten des rechtmäßigen Eigenthümers zu verhelfen;[g]) dieß gilt nicht allein von dem Fall, wo die Usucapion bloß die mangelnde Form der Erwerbung ergänzt, und das bonitarische in quiritisches Eigenthum verwandelt, sondern auch wo sie den zum Eigenthümer macht, der bis dahin überhaupt kein Eigenthum an der Sache nachzuweisen im Stande war. Allerdings läßt sich der Erfolg,

---

d) Ein Peregrine kann die Sache eines Römers im Besitz haben, dieser Umstand aber kann das quiritische Recht des Römers nicht aufheben, usus und auctoritas konnten sich nie in der Person des Peregrinen vereinigen, die letztere blieb daher immer dem Römer. Seit der Anerkennung des Jus Gentium wurde sie freilich unwirksam, insofern der Peregrine eine rechtmäßige Erwerbung, in der ihn der Prätor schützte, für sich anführen konnte. Jenen Satz enthält die Stelle der Zwölf Tafeln: adversus hostem aeterna auctoritas, Cic. off. I. 12. Hostis nennt die alte Sprache den Peregrinen; von dem perduellis, dem Feind, gilt der Satz nicht, kommt die Sache eines Römers in die Gewalt eines solchen, so geht die auctoritas unter (§. 241). (Mommsen [Note b] versteht das Gesetz von der unbegränzten Vertretungspflicht des Römers, der an einen Peregrinen, oder an einen andern Römer verkaufte, von dem ein Peregrine die Sache im Recuperatorengericht vindicirt. R.)

e) Daher z. B. keine res sacra oder religiosa usucapirt werden kann, eben so wenig ein freier Mensch, Gai. II. 48. Wenn die Zwölf Tafeln besonders hervorgehoben werden, daß ein Begräbnißplatz und was dazu gehört (forum bustumve) nicht usucapirt werden kann (Cic. de leg. II. 24), so ist dieß nicht eigentlich eine Ausschließung der Usucapion, sondern eine Erklärung, daß res religiosae nicht durch bloßen Privatwillen aufhören, es zu sein, auch wenn sie noch so lange als profan behandelt wären.

f) Gai. II. 46.

g) Als Ausnahme kommt es vor, daß die Usucapion allerdings diesen Charakter hat; sie führt dann eben darum den Namen der *lucrativa* usucapio.

daß dem wahrhaften Eigenthümer dadurch sein Recht entzogen wird, nicht völlig ausschließen, diese Möglichkeit soll aber mehr in die Ferne gerückt und überhaupt zu einer erträglicheren gemacht werden durch die Erfordernisse der Usucapion, die nun dargestellt werden sollen.

a) Vor allem ist durch die Zeit, deren Ablauf erst die Wirkung des Eigenthumserwerbs hat, dem Eigenthümer, der die gehörige Sorgfalt auf sein Vermögen wendet, die Möglichkeit gegeben, den Verlust abzuwenden, indem er vor ihrem Ablauf sein Eigenthum geltend macht.[h]) Diese Zeit ist zwar nach dem Recht, welches bis auf Justinian galt, kurz: ein Jahr bei beweglichen, zwei Jahre bei unbeweglichen Sachen (oder wie die Zwölf Tafeln eigentlich sagen, was indessen in jener Weise interpretirt worden ist, zwei Jahre bei einem Fundus, bei allen andern Gegenständen ein Jahr),[i]) eine Zeit, die im justinianischen Recht auf drei Jahre bei beweglichen, zehn oder zwanzig bei unbeweglichen Sachen erhöht ist (s. unten), und diese Zeit ist ein tempus continuum,[k]) aber sie erschien als genügend in den älteren Verhältnissen des römischen Volks, und in den späteren Zeiten konnte einer auffallenden Unbilligkeit (so wenn der Eigenthümer durch Abwesenheit verhindert gewesen war, der Usucapion zuvorzukommen) durch In Integrum Restitutio abgeholfen werden.[l])

---

h) L. 1 D. de usurp. et usuc. (41, 3): — quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

i) Note b. Gai. II. 42. Ulpian. XIX. 8 u. A.

k) Paul. L. 31 §. 1 D. de usurp. (41, 3): In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur. Durch die Interpolation des tempus statt des von Paulus genannten annus, der für die justinianischen Digesten nicht mehr paßte, hat die Stelle den falschen Schein erhalten, als ob bei unbeweglichen Sachen die Zeit ein tempus utile wäre. Aber warum hat Paulus die Usucapion von einem Jahr hier besonders hervorgehoben? Weil nur bei dieser ein Zweifel nahe genug lag, um eine Beseitigung desselben zu veranlassen, eine Zeit, die ein Jahr übersteigt, ist ohnedieß niemals tempus utile.

l) Diese Hülfe finden namentlich auch Minderjährige gegen eine Usucapion ihrer Sachen, s. z. B. L. un. C. si adv. usuc. (2, 36.) Justinian aber hat verordnet, daß ein Zeitablauf, gegen den nach dem bisherigen Recht der Minor Restitution erhalten könne (also mit Ausnahme der dreißig- und mehrjährigen Fristen), ipso iure und ohne daß es der Restitution mehr bedarf, gegen ihn ohne Wirkung sein soll, L. 5 C. in quib. caus. in integr. restit. necessaria non est (2, 41). Dieß gilt auch von der Usucapion, in deren Zeit also, wenn sie gegen einen Minderjährigen in Beziehung auf seine Sachen vorgeschützt wird, die Zeit seiner Minderjährigkeit nicht einzurechnen ist.

Diese Zeit muß seit dem Anfang des Besitzes abgelaufen sein, der Erbe aber succedirt in die Usucapion seines Erblassers, er beginnt nicht eine neue, sondern setzt die des Erblassers fort, daher datirt er die Usucapion nicht von seinem, sondern von dem Besitzerwerb des Verstorbenen.[m]) Daß man den Usucapionsbesitz seines Vorgängers sich zurechnen darf (accessio possessionis), daß es also hinreichend ist, wenn nur mit Hinzurechnung dieses zu dem unsrigen die Usucapionszeit herauskommt, hat ursprünglich für die Usucapion gewiß nicht gegolten. Die accessiones possessionum sind kein Institut civilrechtlichen Ursprungs, der Prätor ist es, der sie, wo es ihm billig schien, zuließ.[n]) So geschah es bei dem interdictum utrubi (§. 225 Note n), und bei der longi temporis praescriptio. Zuerst mag man dem Käufer gestattet haben, den Besitz des Verkäufers sich zuzurechnen, dann auch andern Successoren um ein Aequivalent, zuletzt wurde es auch dem Successor ex lucrativa causa (dem Legatar, dem Donatarius) zugelassen.[o]) Unter den römischen Juristen hat es vielleicht schon früh solche gegeben, die sich zu einer Anwendung der accessio possessionis auch bei der Usucapion hinneigten;[p]) diese Ansicht hat ein Rescript von Severus und Antoninus

---

m) L. 30 pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), L. 20. 40 D. de usurp. (41, 3), L. 2 §. 19 D. pro emt. (41, 4), L. 23 pr., L. 30 §. 5 D. de adqu. poss. (41, 2.) Diese successio in usucapionem ist keine Abweichung von dem Grundsatz, daß die Zeit von dem Anfang des Besitzes gerechnet wird, nur liegt der Anfang nicht in dem Besitzerwerb des Erben. Auch folgt dieß so wesentlich aus der Natur der Erbfolge, daß eine Einführung bei der Usucapion erst durch Justinian, wie §. 12 I. de usucap. (2, 6) sie zu behaupten scheint, unglaublich wäre, auch wenn die vorhin angeführten Stellen nicht entschieden das Gegentheil darthäten. Etwas ganz anderes ist die accessio possessionis, die davon ganz getrennt gehalten werden muß. Bei dieser ist unser Besitz die Hauptsache und der des Vorgängers die Accession, bei der successio in usucapionem ist es der Besitz des Vorgängers, den wir nur fortsetzen, zu dem also umgekehrt der unsrige hinzutritt.

n) Daher sagt Scävola L. 14 pr. D de div. temp. praescr. et de accessionibus possessionum (44, 3): De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus, consistunt enim in sola aequitate. Die Hauptstellen für die Theorie dieser Accession sind L. 14—16 D. eod., L. 13 D. de adqu poss. (41, 2.)

o) Beim interdictum utrubi, Gai. IV. 151; bei der longi temporis praescriptio fand noch Justinian für nöthig, ausdrücklich zu verordnen, daß die lucrativa causa der accessio possessionis nicht entgegenstehen soll, L. 11 C. de praescr. longi temp. (7, 33.)

p) Bei vielen Stellen bleibt es ungewiß, in welcher Beziehung sie von der

bestätigt für den Fall des Kaufs,[q]) zugleich im Interesse des Verkäufers, der bei der Usucapion des Käufers betheiligt ist, indem er ihm wegen Eviction haften muß. Justinian hat jedem Successor bei jeder Ersitzung die Accession des Usucapionsbesitzes seiner Vorgänger zuerkannt,[r]) das Erforderniß des Ablaufs der ganzen Zeit seit dem Besitzerwerb des Usucapienten ist also nur für die Fälle geblieben, wo der Usucapient keinen Autor hat,[s]) oder einen, der nicht besaß,[t]) oder dessen Besitz kein Usucapionsbesitz war.[u])

Der Besitz muß die Usucapionszeit hindurch ununterbrochen fortgesetzt worden sein. Durch den Verlust des Besitzes wird die Usucapion unterbrochen, dieß heißt usurpatio.[v]) Wird nach einer solchen Unterbrechung der Besitz wieder erworben, so ist dieß als eine neue Usucapion zu behandeln.[w]) Die Anstellung der Eigenthumsklage und Litiscontestation mit dem Besitzer unterbricht die Usucapion nicht, denn durch diesen Act geht in dem Zustand des Usucapienten keine Veränderung vor, nur unschädlich wird sie dadurch, da die nach der Litiscontestation vollendete von der Restitution nicht befreit.[x]) Dieß ist geblieben, auch nachdem die Unterbrechung der

---

Accessio handeln; auf die Usucapion wendet sie an Paulus, L. 2 §. 16. 20 D. pro emt. (41, 4), auch L. 76 §. 1 D. de contr. emt. (18, 1) enthielt ursprünglich wohl eine Anwendung auf die Usucapion, die Erwähnung der „longae possessionis praescriptio" beruht auf einer Interpolation.

q) §. 13 I. de usuc. (2, 6), Theophil. ad h. l.

r) L. un. de usuc. transform. (7, 31.)

s) Z. B. L 2 §. 16 D. pro emt. (41, 4.)

t) L. 15 §. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3.)

u) L. un. C. de usuc. transform. (7, 31), L. 13 §. 13 D. de adqu. poss. (41, 2.)

v) L. 2. 5 D. de usurp. (41, 3), L. 5 D. pro don. (41, 6.)

w) So verliert auch der den Besitz, der in feindliche Gefangenschaft kommt, die Usucapion, die er angefangen hatte, ist unterbrochen. Das Postliminium, mit dem er zurückkehrt, stellt die Usucapion nicht wieder her, denn es bezieht sich auf die Rechte, nicht auf den Besitz, der etwas factisches ist. Wenn aber der Gefangene durch einen Sclaven im Usucapionsbesitz war, wo also das Recht an dem Sclaven die Usucapion durch ihn, der die Sache für den Herrn inne hat, nach sich zieht, da wird durch das Postliminium mit der Gewalt über einen Sclaven auch diese Usucapion wieder hergestellt, L. 19. 23 §. 1 D. qu. ex caus. mai. (4, 6), L. 15 pr. D. de usurp. (41, 3), L. 12 §. 2 D. de captiv. (49, 15.)

x) L. 2 §. 21 D. pro emt. (41, 4), L. 18 D. de R. V. (6, 1.) Fragm. vat. §. 12. (Dennoch gab es eine wahre civilis interruptio im Gegensatz der natürlichen durch Besitzentziehung, L. 5 D. de usurp. [41, 3]: Cicero [de or. III. c. 28] sagt von den neuern Philosophen und Rhetoren, sie verführen bei ihrem Unterricht non ut iure aut iudicio aut denique vi recuperare amis-

Klagverjährung durch Klaganstellung eingeführt worden war (§. 208 Note hh). Der Grund des Unterschieds ist, daß die Usucapion auf einem Zustand des zu Belangenden, die Klagverjährung auf einer Unterlassung des Klagberechtigten beruht.[y])

b) Der Besitz muß einen rechtmäßigen Anfang gehabt haben, ohne diesen nützt seine Fortsetzung die gesetzliche Zeit hindurch nichts. Der Besitzer muß für seinen Besitz einen Grund (§. 226) anführen können, dem zu Folge er (wenigstens bonitarischer) Eigenthümer werden konnte, vermöge dessen er also den Gegenstand pro suo besitzt.[z]) Diese iusta causa possessionis, wenn sie die Eigenschaft hat, die possessio pro suo zu begründen, heißt titulus usucapionis.[aa]) So kann usucapiren, wer die Sache mittelst Kaufs (pro emtore), Schenkung (pro donato), durch Legat (pro legato), als Heirathsgut seiner Frau (pro dote), als Zahlung (pro soluto) empfangen, als eine von dem Eigenthümer derelinquirte (pro derelicto) in Besitz genommen hat. Das Ereigniß, auf welches der Besitzer sich beruft: Kauf, Schenkung, Vermächtniß, Dereliction &c. muß wirklich eingetreten und zu Recht beständig sein, die opinio emtionis etc. begründet keine usucapio pro emtore.[bb]) Nun kommen aber Fälle vor, wo jemand aus Irrthum einen Titel zu haben glaubt,

sam possessionem, sed ut ex iure civili surculo defringendo usurpare videantur, diese symbolische Handlung unterbrach also nicht den Besitz, sondern nur die Usucapion, mußte daher wie das trinoctium bei der manus jährlich oder alle zwei Jahre wiederholt werden und half nur, wenn der Usurpant Eigenthümer war. Auf diese Schutzanstalt [actio] bezog sich Appius Claudius de usurpationibus, L. 2 §. 36 de O. I. [1, 2.] Vgl. auch L. 13 pro emt. [41, 4.] Justinian substituirte ihr die Protestation in L. 2 C. de ann. exc. [7, 40.] Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß N. F. II. 6. S. 141 f. [1846]. Richtiger aber bezieht sie jetzt Krüger auf die Vindication. R.)

y) Von der longi temporis possessio wird häufig eine Unterbrechung durch L. C. behauptet, unsere Quellen aber sprechen davon nicht anders als von der Usucapion, L. 26 C. de R. V. (3, 32), L. 10 C. de praescr. l. temp. (7, 33.) Die praescriptio nützt nichts, wenn die Zeit nicht schon bei der L. C. abgelaufen war (wie dieß ja auch bei der Usucapion der Fall ist), daß darum die possessio unterbrochen sei, ist so wenig wie bei der Usucapion zu behaupten.

z) L. 13 pr. D. de usurp. (41, 3): Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.

aa) L. 1 pr. D. pro dote (41, 9).

bb) L. 27 D. de usurp. (41, 3), L. 1 D. pro donato (41, 6), L. 6 D. pro derel. (41, 7), L. 1—3 D. pro legato (41, 8). L. 4 C. de usuc. pro herede (7, 29). Man drückt dieß so aus: der Titel muß wirklich, nicht bloß ein putativer sein.

und dieser Irrthum ein so vollkommen entschuldbarer ist, daß auch der verständigste und überlegteste Mann ihm nicht entgangen wäre; hier ist es genug, daß er die Sache als die seinige, pro suo, besaß, und einen hinreichenden Grund zu dieser Ueberzeugung hatte, um die Usucapion zulässig zu machen, z. B. es stellt sich nachher heraus, daß mein Verkäufer wahnsinnig war (wo also kein Kauf existirt), oder daß mein Procurator, der mir die Sache kaufen sollte, sie in der That nicht gekauft, sondern auf andere Art sich verschafft hat, oder daß eine Sache, die ich in der Erbschaft vorfand, nicht dazu gehörte.[cc])

Eine besondere Erläuterung fordert noch der Titel pro herede. Das Ereigniß, welches den Titel ausmacht, ist die hereditas, die Eröffnung der Erbfolge und daß die Sache zu dieser Erbschaft gehört.[dd]) Pro herede besitzt nun der, welcher sich in diesem Besitz als Erben gerirt; um usucapiren zu können, muß er zu dieser Handlung berufen sein. Dieß ist der Fall, wenn ihm der Prätor die bonorum possessio giebt, nach altem Civilrecht aber auch ohne dieß, solange der wirkliche Erbe noch nicht in den Besitz der Sachen gekommen ist, da es jedem des Erbrechts (und namentlich des testamentarischen) Fähigen die Befugniß ertheilt, die zur Erbschaft gehörigen Sachen an sich zu nehmen, und sie, bewegliche oder unbewegliche, in einem Jahr zu usucapiren.[ee]) Diese usucapio heißt lucrativa, weil sie einen Gewinn auf Kosten des wahren Berechtigten in Aussicht stellt (Note g). Hadrian aber hat durch ein S. C. der hereditatis petitio eine solche Wirksamkeit gegeben, daß sie durch jene Usucapion nicht mehr ausgeschlossen wird, und hat damit dieser jene lucrative Qualität entzogen, ohne übrigens sie selbst aufzuheben. Man kann also noch immer pro herede usucapiren und dadurch Eigenthümer werden, nur schützt dieß nicht gegen die Klage des wirklichen Erben aus dem Erbrecht.[ff]) Im justinianischen Recht übri-

---

cc) L. 2 §. 16, L. 11 D. pro emt. (41, 4), L. 3 D. pro herede (41, 5), L. 5. 6. 9 D. pro legato (41, 8), L. 4 §. 2, L. 5 D. pro suo (41, 10).

dd) L. 1 D. pro herede vel pro possessore (41, 5): Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor rem mortui fuisse existimaverit. Wenn ein suus heres existirt, so besteht gewissermaßen gar keine hereditas, da man sagen kann, das Recht an den Gütern, das er schon beim Leben des Vaters hatte, trete gleichsam nur in Wirksamkeit, L. 11 D. de lib. et postum. (28, 2.) Darauf beruht vielleicht die Ansicht, daß niemand in diesem Fall pro herede usucapiren kann, L. 2 C. de usuc. pro her. (7, 29.)

ee) Gai. II. 52—58, vgl. L. 33 §. 1 D. de usurp. (41, 3.)

ff) Gaius giebt als Veranlassung dieser eigenthümlichen Usucapion den

gens hat die pro herede usucapio die Gestalt, daß sie die Usucapion erbschaftlicher Sachen durch den ist, der sich aus einem entschuldbaren Irrthum für den Erben: Civilerben (pro herede) oder prätorischen (pro possessore) hält.[gg])

Im älteren Recht kommt noch eine Anzahl von Usucapionen vor, die von den regelmäßigen auch in Beziehung auf den Titel abweichen. Vor allem gehören die dahin, durch welche der frühere Eigenthümer die Sache zurückerwerben kann: usureceptiones. Wenn der Staat ihm verpfändete Grundstücke verkauft, und der Käufer (praediator) macht zwei Jahre hindurch von seinem Recht nicht Gebrauch, läßt also den früheren Eigenthümer so lange im Besitz, so hat dieser das Eigenthum zurückworben; dieß heißt usureceptio ex praediatura.[hh]) Wenn ferner der Eigenthümer fidu-

Wunsch an, den Erben zum baldigen Antritt zu vermögen, im Interesse der Gläubiger und der Sacra, damit jene zu dem Ihrigen kommen können, diese nicht ausgesetzt werden. Auch der Usucapient verpflichtete sich beiden (da ursprünglich diese Usucapion als eine der hereditas selbst behandelt wurde). Hiernach sollte man erwarten, daß die usucapio pro herede gegen alle necessarii heredes wegfalle (nicht bloß gegen die sui Note dd), da sie von selbst und ohne Antritt Erben werden. Deshalb bemerkt Gaius nachträglich noch besonders, dem sei nicht so, Gai. II. 58: Et necessario tamen herede extante ipso iure pro heredi usucapi potest. Man hat das handschriftliche et in set verändert, und auf diese Emendation folgende in allen Punkten falsche Geschichte gegründet: die usucapio pro herede, von der hier die Rede ist, habe bis Hadrian gedauert, Hadrian habe sie aufgehoben (ein entschiedenes Mißverständniß seines Gesetzes), nur bei necessarii heredes habe er sie noch gelassen (man weiß freilich nicht, wodurch diese des gleichen Schutzes in Hadrian's Augen sich unwürdig gemacht haben), auch bei diesen aber habe sie Diocletian in L. 2 C. de usuc. pro her. (Note dd) beseitigt (oder wenn nicht bei allen, doch wenigstens bei den sui et necessarii). Dieß alles, glaubt man, werde bestätigt durch Gai. III. 201, der als Beispiel der Bemächtigung einer fremden Sache ohne Diebstahl die usucapio pro herede, und dabei nur den necessarius heres anführt. Ganz natürlich, denn er braucht ein Beispiel, wo die erbschaftliche Sache schon ins Eigenthum, aber noch nicht in den Besitz des Erben übergegangen ist. Bei dem necessarius fällt nun niemals Besitzerwerb und Erwerb des Erbrechts zusammen, da der letztere ipso iure geschieht; bei dem voluntarius wird die Bemächtigung selten zwischen dem Antritt und dem Besitzerwerb desselben, sondern meistens vor dem ersteren geschehen, wo die Sachen noch nicht im Eigenthum des Erben sich befinden, gewissermaßen nullius in bonis sind, L. 1 pr. D. de div. rer. (1, 8), also kein Beispiel für das „rem alienam occupare et usucapere" abgeben. Puchta, verisim. cap. VI (1839) p. 8—11.

gg) L. 3 D. pro herede (41, 5) ist nicht von der *pro herede* usucapio zu verstehen, sondern von einer usucapio pro suo (Note cc).

hh) Gai. II. 61.

ciae causa (mit der Verabredung künftiger Remancipation) mancipirt oder in iure cedirt hat, z. B. zur Verwahrung, oder pfandweise (§. 247), so kann er durch den Besitz von einem Jahr (auch bei Grundstücken) das Eigenthum zurückerwerben, so gut wie wenn ihm die Sache remancipirt worden wäre. Dieser Usureception fehlt es nicht an einem Titel, wenn der Fall von der Beschaffenheit ist, daß er die Remancipation schon hätte fordern können; ist dieß nicht, z. B. bei der Verpfändung, wenn der Gläubiger noch nicht befriedigt ist, so ist es eine Usucapion ohne Titel, eine lucrativa usucapio.[ii])

Wenn jemand von einer Frauensperson eine res mancipi ohne Auctoritas des Tutors wissentlich gekauft hat (§. 202, 2, b), so kann er in Folge der „rutiliana constitutio" (von der uns nichts weiteres bekannt ist) usucapiren, wenn ihm nicht vor Ablauf der Usucapionszeit der Kaufpreis zurückerstattet wird. Manche Juristen behandelten den Kauf als nichtig, dann wäre es eine Usucapio ohne Titel, Andere glaubten, er besitze pro emtore, da die Frau wenigstens den Besitz veräußern könne; nach dieser Ansicht weicht also diese Usucapion nur in Beziehung auf die bona fides von der Regel ab.[kk]) — Im justinianischen Recht kommen alle diese Abweichungen nicht mehr vor.

c) Wo die Usucapion eine materiell mangelhafte Erwerbung ergänzen, wo sie also auch gegen den wirklichen Eigenthümer (nicht den bloß quiritischen) wirksam werden soll, z. B. der Richteigenthümer hat die Sache verkauft und tradirt, da muß zu dem iustus titulus auch noch bona fides des Erwerbers hinzukommen, d. h. die Unbekanntschaft mit dem Hinderniß, welches dem Eigenthumserwerb entgegenstand, oder positiv ausgedrückt: die Ueberzeugung, durch den

ii) Gai. II. 59—61. (Neue Aufschlüsse über die unregelmäßigen Usucapionen hat Huschke gegeben: über die usucapio pro herede, fiduciae und ex praediatura. Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIV Num. 7 [1848]. Indeß werden sich die Fristen nicht, wie Huschke S. 253. 271 annimmt, „von der familia aus," sondern einfacher dadurch erklären lassen, daß als Object der Usucapion, um dem Eigenthümer den Rückerwerb zu erleichtern, die Fiducia angenommen wurde, welche, selbst wenn der Gegenstand ein praedium war, zu den ceterae res gehörte. War jedoch durch Verkauf von Seiten des Staats der Pfandnexus zerstört, so konnte von dieser Begünstigung nicht weiter die Rede sein, der Prädiator besaß nur noch ein praedium, auf welches die zweijährige Usucapion des fundus angewendet werden mußte. R.)

kk) Fragm. vat. 1.

Titel wirklich Eigenthümer geworden zu sein.[ll]) Diese Ueberzeugung ist, insofern wirklich noch ein Anderer Eigenthümer ist, ein Irrthum, der Irrthum muß aber ein factischer sein, er darf nicht einen Rechtssatz betreffen.[mm]) Das Verhältniß der bona fides zu dem Titel ist das, daß dieser die Grundlage derselben ist, wie dieser ist sie daher ein Erforderniß des Besitzanfangs, und es schadet nach römischem Recht nicht, wenn sie im Lauf der Usucapion wegfällt.[nn]) Der muß daher in bona fide sein, in dessen Person der Usucapionsbesitz beginnt, dieß ist bei dem Erwerb durch Stellvertreter regelmäßig der Dominus, bei dem Erwerb für ein Peculium der Sclave oder Sohn (§. 228 Note z); dort ist nur die bona fides des Dominus, hier die des Repräsentanten erforderlich.[oo])

d) Eine Hauptrücksicht auf den wirklichen Eigenthümer, der durch die Usucapion seines Rechts beraubt werden kann, liegt in den gesetzlichen Bestimmungen, welche gewisse Sachen der Usucapion entzogen haben, daß also, so lange die Sache diese der Usucapion entgegentretende Eigenschaft (vitium ex re) hat, der Eigenthümer sein Recht durch den fremden Besitz, wenn auch alle andern Erfordernisse der Usucapion einträten, nicht verliert.

Schon die Zwölf Tafeln schließen die Usucapion gestohlener Sachen (res furtivae) aus, natürlich nicht bloß für den Dieb, son-

---

ll) Dieses Erforderniß hat keine Ausnahme nach justinianischem Recht, nach älterem sind davon ausgenommen die usucapio pro herede, die usureceptiones, und die usucapio ex rutiliana constitutione. — Justinian hat in Nov. 119 c. 7 sogar die bona fides des Auctors gefordert, sofern der wahre Eigenthümer mit seinem Recht oder der Veräußerung unbekannt ist.

mm) L. 31 pr. D. de usurp. (41, 3), vgl. L. 7 D. de iuris et facti ign. (22, 6.) Wenn daher der Käufer weiß, daß sein Verkäufer nicht Eigenthümer, noch auch Procurator ꝛc. desselben ist, dennoch aber glaubt, Eigenthümer geworden zu sein, indem er meint, auch ein Nichteigenthümer könne Eigenthum übertragen, so kann er nicht usucapiren.

nn) L. 43 pr. D. de usurp. (41, 3), L. 2 §. 13 D. pro emt. (41, 4.) Die bona fides, also z. B. die Ueberzeugung, daß der Tradent Eigenthümer sei, muß zur Zeit des Besitzerwerbs vorhanden sein, und dieß reicht in der Regel aus; wo aber der Titel ein von dem Besitzerwerb getrenntes Rechtsgeschäft ist, wie beim Kauf, muß auch bei diesem schon die bona fides existiren, L. 7. §. 17 D. de public. act. (6, 2), L. 10 pr. 15 §. 3, L. 48 D. de usurp., L. 2 pr. 7 §. 4 D. pro emt. (41, 4.)

oo) L. 2 §. 10. 13, L. 11 D. pro emt. (41, 4.) Im zweiten Fall ist die bona fides des Vaters oder Herrn nicht nothwendig, da er von dem Erwerb nicht zu wissen braucht, weiß er aber davon (zu der Zeit des Erwerbs selbst, so schadet seine mala fides, L. 43 §. 1 D. de usurp. (41, 3.)

dern auch für den dritten bonae fidei possessor, denn es ist ein sachliches Vitium, welches die Usucapion hindert.[pp]) Dadurch schon ist bei beweglichen Sachen einem dem Rechtsgefühl bedenklichen Erfolg des Usucapionsinstituts in den meisten Fällen vorgebeugt, denn die unberechtigte Veräußerung einer solchen wird meistens unter den Begriff des Furtums fallen.[qq]) Die Lex Atinia hat die Vorschrift der Zwölf Tafeln wiederholt, mit dem Zusatz, daß das Vitium getilgt sein, also die Sache usucapionsfähig werden soll, in dem Augenblick, wo sie in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen ist, und dieß ist auch der Fall, wenn er sich im Stand befindet, sie zu vindiciren.[rr]) Nach der Lex Julia und Plautia werden res vi possessae, also gewaltsam occupirte Grundstücke, wie die res furtivae behandelt,[ss]) ebenso nach der lex iulia repetundarum die Sachen, welche gegen dieses Gesetz dem Vorsteher der Provinz gegeben worden sind.[tt]) Das Usucapionsverbot bei Gränzen (nach den Zwölf Tafeln, der Lex Mamilia, und dem neuesten Recht) ist oben vorgekommen (§. 234). Res mancipi einer Frau, die unter Tutel der Agnaten steht, können nach den Zwölf Tafeln nicht usucapirt werden, wenn sie nicht unter Autorität dieser Tutoren veräußert sind.[uu]) Die gesetzlichen Veräußerungsgebote beziehen sich auch auf die Usucapion, sofern auch der, welcher diese zuläßt, veräußert,[vv]) dieß trifft z. B. die Sachen eines Pupillen oder sonstigen Bevormundeten, die ohne Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften veräußert worden sind,[ww]) ebenso die Totalgrundstücke[xx]) u. s. f.

---

pp) Gai. II. 45. 49.

qq) Gai. II. 50.

rr) Gell. XVII. 7: legis veteris atiniae verba sunt: quod subreptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto —. L. 4 §. 6 D. de usurp. (41, 3): — nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur. L. 215 D. de V. S. (50, 16.) Auch servi fugitivi können nicht usucapirt werden, weil sie gewissermaßen sich selbst entwendet haben, L. 1 C. de serv. fug. (6, 1.) (Anders faßt das Verhältniß beider Gesetze Mommsen, de auctoritate p. 21: die Zwölf Tafeln hatten die Usucapion verboten, der Besitzer bedurfte mithin fortwährend des Beistandes seines Auctors. Dennoch dauerte die Vertretungspflicht nur ein Jahr, §. 239 Note b. Diese Inconsequenz verbesserte die Lex Atinia, indem sie die Pflicht des Gewährsmannes für eine immerwährende erklärte. R.)

ss) Gai. II. 45. 51. L. 4 §. 22. 23. L. 33 §. 2 D. de usurp. (41, 3.)

tt) L. 8 D. de l. iul. repet. (48, 11), L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1.)

uu) Gai. II. 47. Cic. ad Att. I. 5. pro Flacco 34.

vv) L. 28 pr. D. de V. S. (50, 16), L. 12 §. 4 D. de public. act. (6, 2.)

ww) L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1.)

xx) L. 16 D. de fundo dot. (23, 5.)

Daß Staatseigenthum nicht durch Usucapion ins Eigenthum von Privatpersonen übergehen könne, war ohne Zweifel von jeher Rechtens, dasselbe wurde durch den Fiscus des Princeps festgesetzt, und als sich neben dem Fiscus ein besonderes Privatvermögen des Fürsten bildete, auch für dieses.[yy]) Auch auf unbewegliches Eigenthum der Kirchen und milden Stiftungen ist dieß erstreckt.[zz]) Städtisches Eigenthum ist ebenfalls der Usucapion entzogen.[aaa])

CCXL. Bei Sachen, an denen Eigenthum, aber kein quiritisches, und folglich auch nicht die Usucapion möglich ist, also bei Provincialgrundstücken, besteht dasselbe Bedürfniß einer Ergänzung unvollkommenen Erwerbs und der Sicherung des Eigenthums, welches auf die Usucapion geführt hat. Wie früh nun die römischen Magistrate diesem Bedürfniß durch Einführung eines analogen Instituts entgegengekommen sind, läßt sich mit einiger Bestimmtheit nicht angeben, wahrscheinlich ist es um dieselbe Zeit geschehen, als die Römer in den Provinzen sich auszubreiten und Eigenthum darin zu erwerben anfiengen. Dem, welcher einen rechtmäßig erworbenen und längere Zeit fortgesetzten Besitz für sich anführen konnte, wurde eine Einrede gegeben, wodurch er die Klage des Eigenthümers ausschloß, die longi temporis praescriptio. Die Zeit wurde auf zehn Jahre festgesetzt, man hatte ausgedehnte Grundbesitzungen vor Augen, wo es dem Eigenthümer nicht so leicht ist,

---

yy) L. 18. 24 §. 1 D. de usurp. (41, 3), L. 2 C. comm. de usuc. (7, 30), L. 2. 3 C. ne rei dominicae (7, 38). Wenn dem Fiscus Güter als bona vacantia anfallen, so beginnt ihre Usucapionsfähigkeit mit der Anzeige derselben an den Fiscus (nuntiatio); wenn aber der Usucapionsbesitz schon vorher begonnen hatte, so wird er nicht unterbrochen, L. 18 D. usurp., §. 9 I. de usucap. (2, 6.)

zz) Nov. 111 c. 1. Nov. 131 c. 6.

aaa) L. 9 D. de usurp. (41, 3), L. 2 C. ne rei dom. (7, 38), L. 12 §. 2 D. de publ. act. (6, 2.) Eine Ausnahme macht die Zuweisung desselben durch ein obrigkeitliches Decret, wodurch das bonitarische Eigenthum entsteht und durch Usucapion in quiritisches verwandelt werden kann, L. 15 §. 27 D. de damno inf. (39, 2) (im justinianischen Recht ist die Stelle von der Unwiderruflichkeit der Einweisung zu verstehen). Paul. sent. V. 2, 4 spricht von der longi temporis praescriptio (und zwar von 20 Jahren) gegen Stadtgemeinden. Hier kann ein ähnlicher Fall gemeint sein, überdieß aber braucht die Stelle gar nicht von der Eigenthumsklage der Stadt verstanden zu werden, sie kann sich auch auf ein städtisches Pfandrecht beziehen, Unterholzner, Verjährungsl. 1 §. 45. Eine andere Meinung hat Schilling, über röm. Rechtsgesch. S. 401, aber nicht ohne unstatthafte Vermischung der Ersitzung mit der Klagverjährung.

seine Güter zusammenzuhalten und eine besonnene Ersitzung sofort zu entdecken. Aber es mußte sich hier sogleich auch der Fall aufdrängen, daß der Eigenthümer abwesend ist; statt auf die In Integrum Restitutio zu verweisen, nahm man diesen Fall gleich in den Rechtssatz selbst auf, und setzte die Zeit auf das Doppelte, auf zwanzig Jahre, so daß also das longum tempus zehn Jahre inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes beträgt.[a]) Auf der andern Seite wurde hier wohl gleich anfangs vom Prätor die accessio possessionis unter Umständen wenigstens zugelassen (§. 239 Note o). Dadurch nun konnte ihre Anwendung auch bei italischen Grundstücken, ja selbst bei beweglichen Sachen in manchen, freilich seltenen Fällen vortheilhaft werden.[b]) In Beziehung auf die

---

a) Paul. sent. V. 2, 3. V. 5a, 8. So deutet auch die Zeitbestimmung auf die Entstehung des Instituts für die Provincialgrundstücke hin. In neuerer Zeit hat man andere Meinungen über seinen Ursprung versucht, (z. B. daß es für den italischen Ager publicus entstanden sei, Schröter in der Zeitschr. für Civilr. 11 S. 240, Hameaux, die usucapio und long. t. praescr. 1835 S. 17 ff.), die bei weitem geringere Wahrscheinlichkeit haben. Mißverständlich hat man eine Stelle des Hyginus de cood. agror. p. 116 Lachm. hierher bezogen, die weder von dem ager publicus, noch von der longi temporis praescriptio spricht, sondern sagt: quaestorius ager (den vom Staat nach vorhergegangener Limitation verkauften) habe die Länge der Zeit (vetustas longi temporis) größtentheils dem occupatus äußerlich ganz ähnlich gemacht, die Limites seien verschwunden.

b) Eine häufigere Veranlassung ihrer Anwendung auf bewegliche Sachen bot das Eigenthum der Peregrinen dar (§. 235 g. E.). So können die sicheren Spuren einer solchen Anwendung, die wir in den Quellen finden, nicht auffallen. Marcian, L. 9 D. de div. temp. praescr. (44, 3) führt dafür (in rebus mobilibus nach der Flor., die Lesart der Vulgathandschr. in rebus soli beruht wahrscheinlich auf einer Emendation der Glossatoren, weil die Stelle zum justinianischen Recht nicht mehr zu passen scheint, aber sie ist hier von der Aufhebung des Pfandrechts zu verstehen, vgl. L. 5 §. 1, L. 12 eod.) Rescripte des Divus Magnus Antoninus an (also wenn kein Irrthum obwaltet, des Caracalla) — kurz vorher war die accessio possessionis für die Usucapion, wenigstens im Fall des Kaufs, gesetzlich eingeführt worden (§. 239 Note q), dieß paßt also nicht gut zu der im Text berührten Gelegenheit der Anwendung (anders, wenn statt Magnus zu lesen wäre Marcus, wie Vangerow, Leitfaden zu Pand.-Vorles. 1 S. 508, ich weiß nicht mit welchem Grund, drucken läßt). Modestin, L. 3 D. de div. temp. praescr. ist vielleicht interpolirt (so daß er statt des Gegensatzes praedia und mancipia einen andern, z. B. von res mancipi und nec mancipi, oder praedia italica und provincialia erwähnt hätte), aber eine Anwendung auf Sclaven setzt auch Diocletian voraus, L. 1 C. de serv. fug. (6, 1), wenn die Stelle nicht von der Erwerbung der Freiheit zu verstehen ist, vgl. §. 212 Note dd. Dagegen drückt L. 2 C. in quib. caus. cessat l. t. pr. (7, 34): In servorum *proprietatis* negotio quum usucapio locum habeat,

von der Usucapion wegen eines Vitiums ausgenommenen Sachen (§. 239 a. E.) war die longi temporis praescriptio sicher nicht vortheilhafter gestellt,[c]) eben so wenig als hinsichtlich des Titels und der bona fides, welche hier unter dem Ausdruck iustum initium zusammengefaßt werden.[d]) Ueber die Wirkung dieser longa possessio ist als gewiß anzunehmen, daß der Prätor anfangs mit derjenigen sich begnügte, von welcher das Institut den Namen hat, nämlich dem Besitzer durch eine Einrede (praescriptio) gegen die Eigenthumsklage zu schützen;[e]) daß man aber bald dahin kam, auch dem, welcher das Eigenthum an einem Provincialgrundstück klagend zu verfolgen veranlaßt war, zur Begründung der Klage die Berufung auf die longi temporis possessio zu gestatten (wie bei der civilis in rem actio die Berufung auf die Usucapion), hat eine so vollkommene Wahrscheinlichkeit für sich, daß wir es annehmen müßten, wenn es auch nicht besonders bezeugt wäre.[f]) Die Klage war die gewöhnliche, wie sie bei den Provincialgrundstücken stattfand, es wäre möglich, daß auch hier der Richter auf die Berücksichtigung der Ersitzung durch eine longi temporis praescriptio, also pro actore

---

ad quaestionem longi temporis praescriptionis superfluo pervenitur, den Stand der Sache nach justinianischem Recht aus, wo für den Erwerb des Eigenthums die l. 1. pr. bei beweglichen Sachen durch die Usucapion ganz absorbirt ist.

c) So werden in Beziehung auf res furtivae beide Ersitzungen ganz gleich behandelt, L. 1 C. de serv. fug. (6, 1.)

d) Paul. sent. V. 2, 4. L. 2. 4. 5. 8. 9. 11 C. de praescriptione longi temporis (7, 33.)

e) Nur diese Richtung des Instituts gehört hierher; in die Lehre vom Eigenthumserwerb die Wirkung der Ersitzung für andere Rechte, namentlich die Aufhebung des Pfandrechts zu stellen, wie es in den Compendien zu geschehen pflegt, weil beides zufällig coincidiren kann, ist ein systematischer Fehler, der nicht selten die Frucht trägt, daß zwei wesentlich besondere Dinge für wesentlich verbundene gehalten werden.

f) Ein solches Zeugniß giebt Justinian, L. 8 pr. C. de praescr. xxx ann. (7, 39): Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit — — posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus, *hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.* So kann L. 7 C. de praescr. longi temp. (7, 33) auch auf einen Kläger bezogen werden. Von der longa quasi possessio bei Servituten wird es ausdrücklich gesagt, daß sie zur Begründung einer utilis actio tauglich ist, L. 10 pr. D. si serv. vind. (8, 5.)

(§. 164 a. E.), angewiesen wurde. Die civilis in rem actio konnte natürlich nicht dadurch begründet werden, es wäre aber auch gar nicht auffallend, wenn man bei italischen Grundstücken und bei beweglichen Sachen nicht über die Wirkung einer Einrede hinausgegangen wäre.

An dieses Institut der longi temporis praescriptio knüpft sich die weitere Geschichte der Ersitzung an. Die Kaiser der vierten Periode bis Justinian fanden wenige oder keine Veranlassung, Gesetze über jene oder über die Usucapion zu erlassen, mit Ausnahme etwa einiger hinzugefügter Ausschließungen von dieser Erwerbung.[g] Dieß würde indessen nicht ausschließen, daß in der Praxis sich manches veränderte, wenigstens in einigen Theilen des Reichs. Der eigentliche praktische Unterschied zwischen usucapio und longi temporis praescriptio lag damals in der Zeit, die sie forderten, die übrigen Erforderniſſe waren bei beiden so gut als gleich, in der Wirkung war das Eigenthum anlangend keine erhebliche und noch festzuhaltende Verschiedenheit (quiritisches und nichtquiritisches Eigenthum waren damals bedeutungslose Namen), die längere Zeit aber mußte dem damaligen Rechtsbewußtsein mehr zusagen, als die ein und zwei Jahre der Usucapion, eine Reliquie aus anderen, untergegangenen Zuständen. So dürften wir uns nicht verwundern, wenn in manchen Theilen des Reichs, zumal in solchen, wo bei dem Grundeigenthum ohnedieß (wegen Mangels an praedia italica) bloß die longi temporis praescriptio stattfand, die Usucapion, d. h. die Ersitzung von ein und zwei Jahren, gänzlich außer Gebrauch gekommen wäre. Diesen Stand der Sache finden wir nun wirklich

---

g) In den Titeln des justinianischen Codex von der Ersitzung (Cod. VII. 26—31. 33—35. 38) kommt von den Kaisern zwischen Diocletian und Justinian keine Constitution vor, mit Ausnahme des letzten Titels: ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione submoveatur. Daraus läßt sich zurückschließen auf den theodosischen Codex, der nichts von der usucapio, und wahrscheinlich auch keinen Titel über die longi temporis praescriptio enthält, denn Tit. 13 des vierten Buchs, den die Ausgaben mit der Ueberschrift de longi temporis praescriptione haben, rührt von Cujacius her, der auf diese Weise zwei, man weiß nicht wo, aufgefundene Constitutionen unterbrachte, Gesetze, die überdieß gar nicht einmal von diesem Gegenstand handeln. Das erste spricht von einem Decennium, aber von den ersten zehn Jahren der constantinischen Regierung (usque ad nostra decennalia, d. h. bis zum Jahr 316, aus welchem das Gesetz ist), das zweite handelt von einer vierzigjährigen Verjährung (§. 208 Note q).

im westgothischen Reich, dessen Lex Romana in den Sentenzen des Paulus einen Titel mit der Ueberschrift de usucapione (V. 2) enthält, in dem aber nicht von der Usucapion, sondern bloß von der longi temporis praescriptio die Rede sei.

Anders war es in den östlichen Provinzen des Reichs, wo überhaupt eine größere äußere Bildung den Gebrauch der juristischen Literatur erleichterte, und damit der Abweichung von dem geschriebenen Recht einen kräftigen Widerstand entgegensetzte. Das zwar lag in der Natur der Sache, daß im orientalischen Reich bei Grundstücken selten von der Usucapion Gebrauch gemacht werden konnte, denn mit Ausnahme der wenigen Städte, die das Jus Italicum hatten, war der gesammte Grund und Boden Provinciallaud, und dadurch ausschließlich der longi temporis possessio zugänglich. Aber für bewegliche Sachen hielt man die Usucapion fest. Man hatte also zwei Ersitzungen: eine von einem und zwei Jahren, sie war und hieß usucapio, und fand Anwendung bei allen beweglichen Sachen und bei Grundstücken italischen Rechts, eine von zehn (oder zwanzig) Jahren, sie war die longi temporis praescriptio, und fand Anwendung bei allen Grundstücken mit Ausnahme jener. Die Voraussetzungen beider waren dieselben, nur in Beziehung auf die accessio possessionis wurde vielleicht noch ein Unterschied gemacht, oder es war wenigstens eine Unklarheit darüber, eben so mußten sie auch in der Wirkung (was den Eigenthumserwerb anlangt) gleichgestellt werden, doch bestand auch darüber, wie es scheint, störende Ungewißheit, da man nicht den freien Blick hatte die wesentliche Gleichheit unter der Hülle scheinbarer Verschiedenheit zu erkennen.

So fand Justinian das Institut der Ersitzung. Mit einer kleinen Nachhülfe ließ sich ihm eine befriedigende Gestalt geben; daß das unter den gegebenen Umständen Rechte so nahe lag, schmälert das Verdienst Tribonian's nicht, es getroffen zu haben.[h]) Nachdem schon 528 erklärt worden war, daß die longi temporis praescriptio

---

h) Die Verordnungen, welche die Reform enthalten, sind L. 8 C. de praescr. xxx ann. (7, 39) wahrscheinlich vom Jahr 528, besonders aber L. un. C. de usucapione transformanda etc. (7, 31) vom J. 531, von welcher ohne Zweifel L. un. C. de nudo iure quir. toll. (7, 25) und L. 12 C. de praescr. long. temp. (7, 33) ursprünglich Theile waren. Dazu ist zu vergleichen pr. I. de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus (2, 6) und Theoph. ad h. l.

eine Eigenthumserwerbsart sei, und so gut als die Usucapion die Eigenthumsklage begründen könne (Note f), wurde 531 festgesetzt: 1) der Unterschied zwischen italischen und Provincialgrundstücken ist aufgehoben, für alle Grundstücke besteht die Ersitzung von zehn Jahren inter praesentes, zwanzig Jahren inter absentes, die Ersitzung von zwei Jahren ist abgeschafft; [i]) 2) die bestrittene Frage, wann die zehn-, wann die zwanzigjährige Ersitzung eintrete, wird dahin entschieden, daß, wenn Eigenthümer und Besitzer in derselben Provinz ihr Domicilium haben, sie als praesentes, wenn in verschiedenen Provinzen, als absentes gelten sollten, auf ihren bloßen Aufenthalt und auf die Lage der Grundstücke soll nichts ankommen; [k]) 3) die einjährige Ersitzung der beweglichen Sachen ist abgeschafft, an ihre Stelle tritt eine dreijährige; 4) alle diese Ersitzungen stehen in ihren übrigen Erfordernissen gleich, namentlich setzt jede iustus titulus, bona fides, usucapionsfähige Sache voraus, und bei jeder ist die accessio possessionis in ihrem vollen Umfang zugelassen.

---

i) (Damit steht auch die Aufhebung der annalis exceptio italici contractus in Verbindung, L. 1 C. de annali exceptione italici contractus tollendo [7, 40], L. un. C. de usuc. transf. [7, 31[in italicis soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur [die Servituten], sicut annalem exceptionem ita et usucapionem transformandam esse censemus. Man hat sie auf die Liberation der Sponsoren in Italien [Gai. III. 121] bezogen, obgleich diese ipso iure eintrat; Huschke, Recht des Nexum S. 187 will sie gar auf die Klagen aus allen Contracten und Quasicontracten römischer Bürger in Italien ausgedehnt wissen. Davor hätte schon der von Justinian angedeutete Zusammenhang mit dem italischen Recht der Grundstücke warnen sollen. Ein wesentlicher Bestandtheil desselben waren die Contracte über italische Grundstücke, das Nexum, Mancipations-, Cessions- und Gewährsrecht, Bd. I §. 94. Durch Mancipation und Nexum übernimmt der Auctor das Periculum des Evictionsprocesses und kann deshalb mit der actio auctoritatis auf das Doppelte belangt werden [Plaut. Pers. IV. 3, 55. 56. Cic. pro Mur. 2, 3. Paul. sent. rec. II. 17, 3. V. 10 de contrahenda auctoritate]. Diese Klage ist an sich als civile Contractsklage perpetua, durch unsere Exception wird sie temporär. Der Auctor kann nämlich geltend machen, daß sich der Kläger gegen den Vindicanten nach vollendeter Usucapion durch seine eigene Gewähr hätte schützen sollen. Die Ausdehnung der Zeit auf fünf und zehn Jahre erklärt sich aus L. 14 pr. C. de serv. [3, 34.] Die Beschränkung auf ein Jahr bezieht sich auf Mobilien. Vgl. Savigny, Zeitschr. V. 6 S. 261. 262. R.)

k) Die Parteien können während der Zeit, die der Besitzer für sich anführt, zum Theil praesentes, zum Theil absentes gewesen sein, für diesen Fall hat Justinian später (Nov. 119 c. 8) verfügt: das Decennium soll sich um so viel Jahre vermehren, als während desselben die Parteien abwesend waren, d. h. also, zwei Jahre Abwesenheit gelten für ein Jahr Anwesenheit oder umgekehrt.

Diese Bestimmungen gaben nun auch die Richtschnur für die Darstellung des Rechts in den Gesetzbüchern aus den älteren Rechtsquellen. Dabei schien aber, um kein Mißverständniß zu begünstigen, eine schonende Rücksicht auf den Sprachgebrauch der Zeitgenossen nothwendig, denen das Wort usucapio mit einer Ersitzung von ein und zwei Jahren identisch war,[l] und die bei einer Zeit von zehn oder zwanzig Jahren kein anderes Wort kannten als longi temporis possessio oder praescriptio. Es war daher rathsam, nur die Ersitzung beweglicher Sachen usucapio zu nennen, die der unbeweglichen longi temporis possessio, und dieser Sprachgebrauch wurde auch in die älteren Rechtsquellen durch Interpolation eingeführt.[m]) Aus diesem Sprachgebrauch darf man daher nicht auf eine innere Verschiedenheit schließen, hätte eine solche auch noch bis auf das Jahr 531 bestanden, so wäre es die äußerste Verkehrtheit gewesen, sie bei jener Reform noch beizubehalten, keine Aeußerung des Gesetzgebers berechtigt uns, ihm eine solche Thorheit zuzumuthen, ja er steht nicht an, in den Institutionen die longi temporis possessio selbst eine Usucapion zu nennen,[n]) und damit die ganze Ersitzung an dieses alte Institut anzuschließen. Wir haben alle Ursache, diesem Beispiel zu folgen, und der Ersitzung sowohl unbeweglicher als beweglicher Sachen den classischen Namen der Usucapion zu geben, der durch die Substituirung anderer Zeiträume natürlich nicht unpassend geworden ist.[o])

Justinian hat noch eine Ersitzungsart hinzugefügt. Seit Theodosius II besteht eine Verjährung der Eigenthumsklage, die der drei-

l) Daher braucht Justinian selbst von der dreijährigen Usucapion einmal die Worte: *quasi* per usucapionem, L. un. C. de usuc. transform. (7, 31.)

m) Wo die Juristen oder älteren Principes bei beweglichen Sachen von Usucapion redeten, ließ man das Wort stehen, wo dagegen von unbeweglichen die Rede war, veränderte man es in longa possessione capio oder ähnliche Ausdrücke.

n) pr. I. de usuc. (2, 6.)

o) Es giebt Juristen, die sich (man möchte sagen, vermöge eines gewissen Zuges zu dem Abnormen) noch immer nicht von dem Gedanken einer fortdauernden Existenz zwei verschiedener Ersitzungsarten loszureißen vermögen. So hat die Note a angeführte Schrift von Hameaux die Absicht, usucapio und longi temporis praescriptio noch nach dem neuesten Recht als zwei verschiedene Institute darzustellen. Die Unterschiede, welche dieser Schriftsteller zusammenzubringen versucht hat, sind theils ganz aus der Luft gegriffen, theils beziehen sie sich nicht auf die Ersitzung als Eigenthumserwerb (Note c).

ßigjährige Besitzer dem Eigenthümer entgegenstellen kann (§. 208); diese praescriptio xxx annorum setzt keinen rechtmäßigen Besitz voraus, sie hat aber auch keine andere Wirkung als den Schutz des Besitzers gegen die Vindication, sie giebt ihm nicht das Eigenthum und nimmt es nicht dem Eigenthümer. Dieser longissimi temporis possessio, wie die Neuern sie nennen, hat nun Justinian die Wirkung des Eigenthumserwerbs gegeben, mit andern Worten: er hat sie zur Usucapion gemacht, wenn der Besitzer bona fide den Besitz erlangt hat.[p]) Sie verhält sich zu der bisher dargestellten Usucapion, die wir die ordentliche nennen können, als Supplement. Sie fordert eine längere Zeit als die ordentliche, nämlich immer wenigstens dreißig Jahre, und zwar gleichmäßig bei beweglichen und unbeweglichen Sachen, doch ist auch hier die accessio possessionis zugelassen; dagegen ist sie laxer in den übrigen Erfordernissen, das Erforderniß eines iustus titulus und der Usucapionsfähigkeit der Sache fällt bei ihr hinweg, so daß also die längere Zeit ein Surrogat für diese Erfordernisse ist. Dagegen hat auf sie einen Einfluß, daß die dreißigjährige Klagverjährung ihre Grundlage bildet: gegen welche Personen diese auf vierzig Jahre gesetzt ist, gegen dieselben hat auch die außerordentliche Usucapion diese Dauer,[q]) und gegen welche Personen die Klagverjährung ausgeschlossen ist, ist es auch die außerordentliche Usucapion.[r])

Das Resultat des justinianischen Rechts über die Ersitzung ist folgendes. Wer eine bewegliche Sache in drei, eine unbewegliche in zehn oder zwanzig Jahren usucapiren will, dessen Besitz muß alle die Erfordernisse haben, die §. 239 näher dargestellt worden sind: namentlich iustus titulus, bona fides, Usucapionsfähigkeit der Sache. Dieß ist die ordentliche Usucapion des justinianischen Rechts. Wer keinen iustus titulus nachweisen kann, oder eine der Usucapion entzogene (z. B. gestohlene, gewaltsam besessene, fiscalische rc.)

---

p) L. 8 §. 1 C. de praescr. xxx ann. (7, 39.)

q) Die ordentliche wird dadurch nicht verändert, z. B. unbewegliche Sachen der Kirchen sind der ordentlichen Usucapion entzogen, und die außerordentliche fordert 40 Jahre, eben so die außerordentliche der beweglichen, die ordentliche derselben aber nur drei Jahre, wie sonst.

r) So gegen Unmündige; die Zeit, wo der Eigenthümer der Sache unmündig war, wird nicht eingerechnet. Auf die ordentliche Usucapion darf dieß nicht bezogen werden, wie es von einer ungehörigen Vermengung der Klagverjährung und Ersitzung aus öfters geschehen ist.

Sache besitzt, dem ist die Ersitzung darum noch nicht verschlossen), wenn er nur nicht in mala fide ist, aber er bedarf dazu dreißig, zuweilen vierzig Jahre, und es wird überdieß vorausgesetzt, daß der Eigenthümer nicht eine Person sei, gegen welche die praescriptio xxx vel xl annorum ausgeschlossen ist.

Erwerbungen aus dem Jus Gentium.

CCXLI. Zwei Classen solcher Erwerbungen sind zu unterscheiden, die eine bilden die Rechtsgeschäfte, denen das Jus Gentium diese Wirkung beilegt, die andere die Fälle, wo ipso iure das Eigenthum an einer Sache das an einer andern nach sich zieht. Was die erste anlangt, so ist es der Act der Besitzerwerbung, an welchen das Jus Gentium die Wirkung des Eigenthumserwerbs unter gewissen Voraussetzungen anknüpft, und in der That ist das Natürlichste, die rechtliche Herrschaft, die jemand erwerben soll, mit der physischen beginnen zu lassen.[a])

Die Veräußerungsform des Jus Gentium ist die Besitzübertragung, Tradition (§. 228), schon früh wurde ihr bei res nec mancipi sogar die Wirkung der Uebertragung des quiritischen Eigenthums eingeräumt, bei res mancipi hatte sie wenigstens das bonitarische zur Folge (§. 236), im justinianischen Recht ist sie die allgemeine Uebertragungsform des Eigenthums, und vertritt beim Eigenthum namentlich die Stelle der Mancipation und In Jure Cessio, die aus dem neusten Recht verschwunden sind.[b]) Auch nach dem Jus Gentium also ist der bloße irgendwie erklärte Wille zum Uebergang des Eigenthums nicht hinreichend, es muß eine ihn verkörpernde und eine Ausführung desselben enthaltende Form hinzukommen, nur ist diese Form keine künstliche, wie nach dem Jus civile.[c])

---

a) Auch in diesem Sinn kann man sagen, nach Jus Gentium dominium rerum ex naturali possessione coepisse, L. 1 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2.)

b) §. 40 I. de rer. div. (2, 1): — cuiuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur —.

c) L. 20 C. de pactis (2, 3): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. In einem Fall soll die bloße Uebereinkunft ohne Tradition die Wirkung des Eigenthumsübergangs haben. Wenn ein Societätsvertrag geschlossen wird, so kommen der Regel gemäß die Sachen, die vermöge desselben gemeinschaftlich werden sollen, ins Miteigenthum der Socii nur durch Tradition, davon aber ist eine Ausnahme gemacht bei einer

Aber die Tradition ist zunächst nur Besitzübertragung, zur Eigenthumsübertragung macht sie erst der übereinstimmende Wille des Tradenten und des Empfängers, Eigenthum zu geben und zu nehmen; dieser Wille bildet die iusta causa traditionis.[d]) Er ist vorhanden, wenn die Tradition in Folge eines Kaufs geschieht, oder als Zahlung, als Darlehen, in der Absicht eines Tausches, einer Schenkung u. s. f. (alle diese Geschäfte sind daher iustae causae traditionis), nicht dagegen bei der Uebergabe zur Verwahrung, zum bloßen Gebrauch, zu Pfand u. dgl. Die Uebergabe kann möglicherweise der iusta causa vorausgehen, dann ist das Eigenthum mit dem Eintritt der iusta causa erworben, dieß ist namentlich der Fall, wenn der Wille ein bedingter, also der Kauf z. B. mit einer Suspensivbedingung geschlossen ist; man nennt dieß eine Tradition mit Vorbehalt des Eigenthums.[e]) Ja beim Kauf wird jene Wirkung der Tradition schon durch Rechtsvorschrift aufgeschoben, bis der Verkäufer hinsichtlich des Kaufpreises befriedigt ist, sei es durch Zahlung, oder durch Sicherheit, die ihm dafür mit seiner Zustimmung gestellt wird, oder endlich dadurch, daß er sich dazu versteht, auch ohne eine solche Sicherheit den Preis bei dem Käufer stehen zu lassen.[f]) —

---

societas omnium bonorum, wo alle Sachen, deren Eigenthümer ein Socius ist, durch den bloßen Abschluß des Vertrags sofort in Miteigenthum der andern übergehen, ohne Zweifel wegen des Umfangs dieser Societät, der die Ausführung des Willens durch Tradition fast undenkbar macht, L. 1 §. 1, L. 2 pro socio (17, 2.) Savigny (Recht des Bes. S. 374) erklärt diesen Eigenthumserwerb (den die Neueren transitus legalis nennen) durch Annahme eines Constitutum possessorium (§. 228 Note cc); dieß würde in sich schließen, daß nicht bloß das Eigenthum, sondern auch der Besitz übergehe, zu welcher Behauptung wir nicht veranlaßt sind.

d) L. 31 pr. D. de adqu. dom. (41, 1): Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio vel aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Dieses letztere schließt die Coincidenz der iusta causa mit der Tradition, z. B. bei der Schenkung, nicht aus, denn auch hier wird der Wille zu schenken dem Act der Tradition vorausgehen, es beweist also nur, daß die iusta causa nicht nothwendig ein abgesondertes Geschäft, und daß auch bei einem solchen nicht das ganze Geschäft, sondern nur jener Wille, den es enthält, die wesentliche iusta causa ist.

e) Die Traditio ist dann entweder bloß Uebertragung des natürlichen Besitzes, L. 16 D. de peric. et comm. (18, 6), L. 20 §. 2 D. loc. (19, 2), oder auch des juristischen, der hier als precaria possessio zu behandeln ist, L. 20 D. de precar. (43, 26), L. 3 C. de pact. inter emt. (5, 54.)

f) L. 19. 53 D. de contr. emt. (18, 1.) Varro de R. R. II. 1 (s. §. 236 Note s). In §. 41 I. de rer. div. (2, 1) wird dieß auf die Zwölf Tafeln zu-

Uebrigens ist die iusta causa nur jener übereinstimmende Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, der übrige Inhalt des Rechtsgeschäfts, in dem jener Wille enthalten ist, gehört im allgemeinen nicht zur iusta causa. Ja wenn dieses Rechtsgeschäft wegen eines Willensmangels ungültig wäre, ohne daß dieser Mangel jenen hier allein wesentlichen Willen träfe, so würde die Tradition doch das Eigenthum übertragen. Dieß ist der Fall, wenn beide Parteien taugliche Rechtsgeschäfte im Sinne haben, aber verschiedene, z. B. der Eine Schenkung, der Andere Zahlung; hier ist weder geschenkt noch gezahlt, denn es fehlt die Uebereinstimmung in eines und das andere, aber das Eigenthum geht über, denn darauf war der Wille Beider gerichtet.[g])

---

rückgeführt, mit der Bemerkung, daß dieselbe Vorschrift mit Recht auch aus dem Jus Gentium, der naturalis ratio, abgeleitet werde. Die Institutionen scheinen hier einen doctrinellen Streit unter den Juristen vor Augen zu haben, von denen die Einen auf jene, die Andern auf diese Art den Rechtssatz zu begründen suchten. Er wird also nicht ausdrücklich in den Zwölf Tafeln enthalten gewesen sein, und das ist auch sonst das Wahrscheinlichere. Es mag eine Stelle gewesen sein, die von der Mancipation sprach, und ihre Wirksamkeit beim Kauf davon abhängig machte, daß der Scheinzahlung durch Uebergabe des Raudusculum (§. 238, 3) die wirkliche Befriedigung vorhergegangen war. Die Begründung aber aus dem allgemeinen Recht liegt darin, daß der Natur des Kaufs eine gleichzeitige Erreichung ihrer Zwecke von Seiten beider Theile gemäß ist und festgehalten werden muß, wenn nicht einer derselben darauf verzichtet. Dieselbe Erwägung, welche der Klage des Käufers auf Tradition eine exceptio doli entgegenstellen läßt, wenn er den Verkäufer noch nicht befriedigt hat (während der Pächter den Pachtzins erst nach gewährter Benutzung zahlen muß), hat auch auf den obigen Rechtssatz geführt. (Die Anerkennung im Jus Gentium erhellt aus einem Zeugniß des Theophrast bei Stobäus II p. 167 Meineke, auf welches Franz Hofmann, über das Periculum beim Kaufe, Wien 1870 S. 22 hingewiesen hat. Dem positiven Recht der 12 Tafeln mag die Gleichstellung der Delegation mit der Baarzahlung angehören, wenigstens kommt sie schon bei Plautus Asin. II. 4, 30. Pseud. I. 3. 67 f. Pers. III. 3. 11. 27. V. 2. 8. Demelius in der Ztschr. für RG. II S. 235 Note 163, ferner bei Cato de R. R. 146, und bei Varro de R. R. II. 1 oben §. 236 s vor. Vgl. auch Leist, Mancipation S. 84—87. R.)

g) Iulian. L. 36 D. de adqu. dom. (41, 1.) Nach diesem Princip wird hier der Fall entschieden, wenn jemand Grundstücke mit dem Willen zu schenken übergiebt, die der Andere als Darlehen empfängt: — constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus (causa *dandi* ist nicht die iusta causa traditionis, sondern die causa dieser causa, das Motiv der **Eigenthumsübertragung**). Ulpian aber L. 18 D. de reb. cred. (12, 1), indem er ausführt, daß hier wie keine Schenkung, eben so auch kein Darlehen existire und daher der Empfänger, wenn er das Geld verbraucht, die exceptio doli gegen die Condictio habe, weil es mit dem Willen des Gebers consumirt sei, verbindet mit jener Behauptung:

Auch der Wille ist noch nicht hinreichend, die Tradition zur Eigenthumserwerbsart zu machen. Empfänger und Tradent müssen überdieß fähig sein, Eigenthum zu erwerben und zu geben. Wir haben hier die Fähigkeit des Tradenten näher zu betrachten.[h]) Regelmäßig hat nur der Eigenthümer die Macht, Eigenthum zu geben, die Tradition von einem Nichteigenthümer macht den Empfänger zum Besitzer, ja unter den gehörigen Voraussetzungen mit der conditio usucapiendi, aber nicht zum Eigenthümer. Keine eigentliche Ausnahme von dieser Regel ist die Eigenthumsübertragung durch einen Repräsentanten des Eigenthümers, in welchem dieser handelt oder als handelnd gedacht wird: durch einen von ihm dazu durch Auftrag Bevollmächtigten, durch einen vermöge Amts zu dieser Repräsentation Berufenen (Vormund, Verwalter, soweit ihre Vollmacht reicht), durch den Pfandgläubiger, dem sein Pfandrecht zu dieser Repräsentation die Befugniß giebt. Dem Fiscus aber ist in dieser Beziehung ein besonderes Vorrecht gegeben worden. Wenn es sich zuträgt, daß der Fiscus aus irgend einem Rechtsvorwand eine fremde Sache veräußert, so ist nach älterem Recht die Untersuchung der Rechtmäßigkeit dieser Verfügung nur innerhalb fünf Jahren zulässig. Nach Ablauf derselben kann nicht mehr gegen den Fiscus geklagt, aber auch nach einem Edict Marc Aurel's gegen den Besitzer das Eigenthum nicht mehr verfolgt werden.[i]) Nach einem Gesetz Zeno's dagegen sollen die Empfänger vom Fiscus sofort Eigenthümer werden, und die dadurch Verletzten lediglich ihren Regreß an den Fiscus innerhalb vier Jahren nehmen können, dieselbe Wirkung hat Justinian der Veräußerung einer fremden Sache durch den Kaiser oder seine Gemahlin gegeben.[k]) Die Regel, daß der Eigenthümer durch Tradition Eigenthum übertragen könne, erleidet also erwei-

---

nec mutuam esse, zugleich die: magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Alle Versuche, diese Stellen zu vereinigen, sind bisher mißlungen. Entweder hat Ulpian ein Versehen begangen, oder er hat in diesem einzelnen Fall eine Veranlassung gefunden, von dem Princip, das er sicher mit Julian anerkannt hat, abzuweichen.

h) Gai. II. 62—64. Inst. II. 8: quibus alienare licet, vel non.

i) §. 14 I. de usuc. (2, 6), L. 3 C. si adv. fiscum. (2, 37). Anwendung davon ist auch gemacht auf fremde Sclaven, die ohne den Willen des Eigenthümers unter die kaiserlichen Leibdiener (cubicularii) aufgenommen werden, L. 4 C. de praepos. sacri cub. (12, 5), vgl. §. 213 a. E.

k) L. 2. 3 C. de quadrienn. praescr. (7, 37.)

ternde Modificationen, sie hat aber auch beschränkende, es giebt Eigenthümer, die nicht veräußern können. Abgesehen von der Einschränkung der Handlungsfähigkeit oder Administrationsbefugniß (§. 202), ist dieß der Fall, wenn dem Eigenthümer die Veräußerung durch ein Gesetz verboten ist, die Wirkung dieses Verbots ist die Nichtigkeit der Veräußerung, also daß namentlich auch die Tradition den Uebergang des Eigenthums an den Empfänger nicht zur Folge hat.[1])

[1]) Note h. L. 1 D. de fundo dotali (23, 5). Beruht das Veräußerungsverbot auf bloßem Privatwillen (Testament oder Vertrag), so kann die gleiche Wirkung dadurch erreicht werden, daß die Veräußerung zur Bedingung des Erwerbs von Seiten eines Andern gemacht wird, indem z. B. der Testator die Sache unter der Bedingung, daß sie der Erbe veräußere, dem Titius vermacht, oder zwischen Verkäufer und Käufer verabredet wird, daß eine Veräußerung von Seiten des letzteren die Uebertragung an ihn (als Resolutivbedingung) vernichten, und damit den Rückfall an den Verkäufer bewirken solle. (Beispiele: Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII S. 370. 375. Valerius Probus: N. V. N. D. N. P. O. = neque vendetur, neque donabitur, neque pignori obligabitur. R.) Hier kommt das Recht dessen, an den die Sache unter dieser Bedingung fallen soll, dem Erwerb des Empfängers gegen das Veräußerungsverbot zuvor, und hindert ihn. Außerdem kann ein solches Veräußerungsverbot zwar wirksam sein, aber nur so, daß es (unter den gehörigen Voraussetzungen) einen Anspruch gegen den pflichtwidrigen Veräußerer (auf das Interesse oder eine verabredete Strafe, bei Schenkungen auf Ersatz der Sache selbst) begründet, nicht aber, daß es die Erwerbung des Eigenthums durch den Dritten hindert, L. 21 §. 5 D. de act. emti (19, 1), L. 3 C. de cond. ob causam dat. (4, 6.) Eine höhere Wirkung giebt Marcian dem Versprechen des Verpfänders an den Pfandgläubiger in L. 7 §. 2 D. de distr. pign. (20, 5) nach der Lesart der bekannten Handschriften. Ein innerer Grund für diese Ausnahme ist kaum zu ermitteln, aber auch abgesehen davon, hat jene Lesart unüberwindliche Schwierigkeiten. Die Worte sind: Quaeritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus (dieser Ausdruck: hypothecam vendere vom Schuldner gebraucht, wäre sehr ungewöhnlich), quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? (Wie konnte der Zweifel an der Gültigkeit der Uebereinkunft entstehen? wie konnte man auf den Gedanken kommen, dieses pactum sei contra ius? Darauf giebt es keine haltbare Antwort.) Et certum est nullam esse venditionem (kein Wort zur Beseitigung jenes stark ausgedrückten Zweifels), ut pactioni stetur (als ob Gültigkeit des Pactums und Nichtigkeit des Verkaufs wesentlich verbundene Dinge wären, während in der That jenes gültig und wirksam sein kann, ohne darum gerade diese Wirkung zu haben). Die Stelle wäre das Gedankenloseste, was je ein römischer Jurist geschrieben, wenn sie in dieser Gestalt aus Marcian's Feder geflossen wäre. Dazu kommt noch ihr Zusammenhang mit den vorher behandelten Fragen, die sie abschließt. Das Fragment beginnt mit dem Fall: si *creditor pignus vel hypothecam vendiderit* hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus reciperare, welches Recht hat der Verpfänder

Es giebt einige Fälle des Eigenthumserwerbs, die auf den ersten Anblick von der Tradition ganz verschieden zu sein scheinen, die aber in der That entweder wirkliche Traditionen, oder wenigstens unter diesen Gesichtspunkt zu bringen sind. Wer Geld oder dergleichen unter eine Menge auswirft, in der Absicht, den, welcher von den Versammelten zuerst es ergreifen wird, zum Eigenthümer zu machen (qui missilia iactat in vulgus), giebt sein Eigenthum auf, aber nicht schlechthin, sondern mit dem Willen, es auf einen Andern zu übertragen, dem zugleich die Möglichkeit der Apprehension eingeräumt wird. In diesen beiden Punkten besteht aber eben die Tradition, und das Besondere jenes Falles ist nur, daß der Empfänger im Augenblick des Auswerfens für den Geber noch eine persona incerta ist.[m]) Wie eine Tradition ferner ist es zu behandeln, wenn

aus diesem Vertrag seines Gläubigers? Zweiter Fall: kann der Verpfänder die Sache nach dem Verkauf wieder einlösen (es ist etwa zwischen ihm und dem Gläubiger verabredet, daß dieser mit dieser Bedingung verkaufen solle)? Es hängt davon ab, ob der Gläubiger wirklich so verkauft hat. Nun unser dritter Fall. Am nächsten lag, nach jenen Veräußerungen, die dem Verpfänder die Wiedererlangung der Sache offen halten, auf die Frage zu kommen, ob er sich nicht noch besser die Sache sichern könne mittelst völliger Ausschließung der Veräußerung durch den Gläubiger. Statt dessen wäre nun hier auf einmal von einem ganz andern Verkauf, als dem des Gläubigers, dem Gegenstand der bisherigen Untersuchung, nämlich von dem des Verpfänders die Rede. Unter allen diesen Umständen würde die Annahme einer Corruption (und zwar einer, die früh eintrat, denn das florentinische MS. hat sie, und auch die Basiliken setzen jene Lesart voraus) nicht unbegründet sein, auch wenn sie keine handschriftliche Grundlage hätte. Aber diese fehlt nicht einmal. Aus der Glosse und andern Nachrichten (s. Savigny, Gesch. des R. R. im M. A. III S. 726 der 2. Ausg.) ergiebt sich, daß zur Zeit der Glossatoren Handschriften existirten, welche den Schluß der Stelle so hatten: nullam esse *pactionem* (oder conventionem), wodurch von selbst die Fortsetzung: ut *venditioni* stetur, und der Anfang: si pactum sit a *debitore*, ne liceat *creditori* etc. gegeben ist. Diese durch die Autorität des florentinischen MS. verdrängte Lesart stellt nicht nur den Zusammenhang der Stelle mit dem Vorangehenden her, sondern giebt ihr selbst erst Verständlichkeit. Der Vertrag, wodurch dem Gläubiger das Veräußerungsrecht genommen werden soll, ist contra ius, er widerspricht der Natur des Pfandrechts, und ist darum nichtig. Vgl. Puchta, Veräußerung gegen Vertrag, Kleine civil. Schriften. 1851. S. 664 ff.

m) L. 9 §. 7 D. de adquir. dom. (41, 1.), §. 46 I. de rer. div. (2, 1.) Der Wille ist auf einen aus der versammelten Menge gerichtet, also doch nicht auf ein absolut unbestimmtes Subject. Anders, wenn jemand Geld wegwirft oder ein Thier losläßt, damit irgend jemand es finde und an sich nehme; hier ist keine Tradition anzunehmen, sondern eine Dereliction von der einen, eine Occupation von der andern Seite, die bloße Absicht, daß ein Anderer Eigen-

jemand das Recht, Früchte einer fremden Sache zu beziehen, von dem Eigenthümer erhalten hat, wie der Pächter, der Usufructuar; er wird Eigenthümer der Früchte durch die Apprehension ihres Besitzes (Perception), und diese Apprehension gestattet und gewährt der Eigenthümer, nur daß sich diese Erlaubniß und Einräumung nicht speciell für jede einzelne Frucht wiederholt.[n] Auch der Erwerb dessen, der als Beklagter mit der Vindication statt der Sache den Ersatz derselben geleistet hat, ist der Tradition zu vergleichen (§. 232 Note t).

Nicht bloß die Tradition, sondern auch die einseitige Besitzergreifung, die Occupation, ist nach dem Jus Gentium eine Eigenthumserwerbsart, wenn dieser Aneignung nicht das Recht eines Andern entgegensteht. Die Tradition setzt als Eigenthumserwerbsart voraus, daß ein Anderer Eigenthümer ist, der durch diesen Act das Eigenthum aufgiebt und auf den Erwerber überträgt. Die einseitige Besitzergreifung dagegen, wenn sie das Eigenthum bewirken soll, fordert, daß die Sache herrenlos, nullius in bonis ist: quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.[o] Es ist gleichgültig, ob die Sache noch niemals im Eigenthum gewesen, oder ob sie herrenlos erst geworden ist, aber sie ist herrenlos nicht schon, wenn niemand sie ex iure quiritium, sondern erst, wenn sie auch niemand in bonis hat. Diese Voraussetzung des Eigenthumserwerbs durch Occupation soll nun an einigen Fällen näher bestimmt werden.

1) Eine Sache kann herrenlos werden dadurch, daß der Eigenthümer sein Eigenthum schlechthin aufgiebt, dieser Verzicht auf das Eigenthum heißt Dereliction. Sie fordert einmal den Willen, sich seines Eigenthums zu entäußern, sodann eine äußere Handlung, in der sich dieser Wille verkörpert (pro derelicto habere), z. B. Weg-

---

thümer werden möge, die am Ende bei den meisten Derelictionen vorkommen wird, ist nicht hinreichend, um den Fall unter die Tradition zu stellen, die Person darf nicht absolut unbestimmt sein, und sie selbst muß den Besitz als einen von dem Andern zu ihren Gunsten aufgegebenen ergreifen, L. 5 §. 1 D. pro derel. (41, 7.)

n) L. 6 D. de donat. (39, 5), L. 61 §. 8 D. de furt. (47, 2), L. 13 D. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4.)

o) Gai. II. 66—69. §. 12—19. 39. 47. 48 I. de rer. div. (1, 1.) L. 1—6 D. de adqu. dom. (41, 1.)

werfen der Sache, Entfernung von dem Grundstück.[p]) Ueber die Wirkung der Dereliction war eine Controverse zwischen den beiden Schulen der römischen Juristen. Die Proculianer betrachteten sie als eine Handlung, welche den Eigenthumserwerb durch Occupation möglich mache, aber erst durch diese Occupation verliere der Derelinquent das Eigenthum, nicht schon durch die Dereliction selbst, während die Sabinianer, deren Meinung nachher die herrschende ward, diese Wirkung des Verlustes schon der Dereliction zuschrieben.[q]) — Seit Constantin nahmen die auf das Grundeigenthum gelegten Lasten so sehr zu, daß die Bebauung geringeren Landes an vielen Orten sich nicht mehr lohnte, daher solche unfruchtbare Strecken entweder derelinquirt wurden, oder die Eigenthümer, wenn die Steuern zu hoch stiegen, sich temporär von ihren Gütern entfernten, und diese bis auf bessere Zeiten ihrem Schicksal überließen. Darauf bezieht sich eine Reihe von Verordnungen,[r]) von denen folgende hierher gehören. Niemand soll die unfruchtbaren Theile seines Grundbesitzes derelinquiren und die fruchtbaren behalten können, er muß alles behalten oder alles aufgeben. Ferner wenn jemand verlassenes Land in Besitz genommen und cultivirt hat, so soll der Eigenthümer, der zwei Jahre verstreichen läßt, ohne das Grundstück mit Erstattung der Culturkosten zu vindiciren, als Derelinquent behandelt, der Besitzer Eigenthümer werden.

---

p) §. 47 I. de rer. div. (2, 1.) Der bloße Wille (auch der wörtlich erklärte) ist nicht hinreichend, Ulpian L. 17 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2): differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere, aber auch nicht der bloße äußere Act, daher der Schiffswurf zur Erleichterung des Fahrzeugs keine Dereliction ist, §. 48 I. de rer. div. Die Dereliction ist gewissermaßen die umgekehrte Occupation, Ulpian. L. 1 D. pro derel. (41, 7): si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit, et occupantis statim fit, quia iisdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

q) L. 43 §. 5 D. de furt. (47, 2), L. 38 §. 1 D. de noxal. act. (9, 4), L. 2 §. 1 D. pro derel. (41, 7.) Der Grund der proculianischen Ansicht könnte gewesen sein, daß auf jeden Fall die Dereliction als ein nicht civiler Act nur das natürliche, nicht das quiritische Eigenthum zerstöre, daß also der Derelinquent das nudum ius quiritium behalte, dieser Begriff aber setze voraus, daß ein Anderer die Sache in bonis habe, und das geschehe erst durch die Occupation. Aber vielleicht berief man sich auf den allgemeineren Grund, daß die Dereliction allein ein zu wenig mit Zuverlässigkeit erkennbarer Act sei.

r) Cod. XI. 58: de omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur.

2) Sachen, die in der Gewalt der Feinde sich befinden, sind herrenlos, sie sind, so lange jene Gewalt dauert, allen rechtlichen Zuständen entzogen (vgl. auch §. 223 Note q). Dieß gilt auch von denen, welche die Feinde uns abgenommen haben. Die Befreiung aus der Gewalt der Feinde, also ihr Gelangen in unsere Gewalt stellt sich in die Reihe der rechtlichen Gegenstände, sie werden daher durch unsere Occupation in das Eigenthum gebracht, entweder in das Eigenthum des Staats, durch dessen Ueberlassung sie dann erst an die Einzelnen gelangen, oder unmittelbar in das Eigenthum der einzelnen Occupation. Das erste ist der Fall bei denen, die unter die Kategorie der Eroberung oder Beute fallen, das zweite bei dem, was von dem Eigenthum der jenseitigen Volksgenossen schon bei dem Anfang den Kriegs in unserem Lande sich befand.[s]) Zur Beute gehört das dem Feinde Abgenommene, auch wenn es früher unser Eigenthum war, diese Eigenschaft hat es durch den Zwischenzustand feindlicher Gewalt unwiederbringlich verloren, es wird wie eine von jeher herrenlose Sache behandelt. Dieß aber hat Ausnahmen, es giebt Sachen, die, wenn die Gewalt der Feinde über sie aufhört, in ihren früheren rechtlichen Zustand zurückkehren, also auch in das Eigenthum des früheren Eigenthümers, indem jener rechtlose Zwischenzustand getilgt wird. Die Sachen haben das Postliminium (vgl. §. 220, 1, a), es gehören dahin: Grundstücke, Sclaven, Pferde und Maulthiere, die im Krieg gebraucht werden, und unter derselben Voraussetzung auch Schiffe.[t])

3) Die natürliche Freiheit wilder Thiere macht sie zu herrenlosen Sachen, sie sind nur so lange im Eigenthum, als jene Freiheit unterdrückt ist, also solange sie besessen werden (§. 228 Note l).[u])

---

s) L. 51 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1.)

t) L. 2. 3. 19 §. 10, L. 28. 30 D. de captiv. (49, 15), Cic. top. 8.

u) L. 3 §. 2, L. 4. 5 pr. D. de adqu. dom. (41, 1.) Der Unterschied zwischen zahmen und gezähmten Thieren ist, daß die Fortdauer des Eigenthums an den ersten, z. B. Hunden, Gänsen, dadurch, daß sie sich verlaufen und die Gewöhnung zu ihrem Herrn und Hof verlieren, nicht beeinträchtigt wird, während sie bei den andern, zu denen die Römer auch Bienen und Tauben rechnen, von der consuetudo revertendi abhängt, L. 5 §. 2—6 D. eod. — Ein abentheuerlicher Gedanke wird in L. 44 D. eod. von Pomponius erwähnt, und seltsam genug fast ungern wieder aufgegeben: was ein wildes Thier uns geraubt, werde auch herrenlos — es fehlte nur noch, daß man diesen Raub mit der Erbeutung durch die Feinde zusammenstellte.

Das Eigenthum wird an wilden Thieren, die in ihrer natürlichen Freiheit sind, durch Occupation erworben; ob der Occupant zur venatio, piscatio, aucupium berechtigt war, ist für diese Wirkung gleichgültig, der unbefugte Jäger oder Fischer macht sich einer Rechtsverletzung schuldig und setzt sich einer Klage aus, aber er verletzt nicht ein Eigenthum an den Thieren, denn ein solches existirt nicht.[v])

4) Wenn eine Sache so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigenthümer nicht mehr zu ermitteln ist, so ist sie eben darum als eine herrenlose zu behandeln. Ein solcher thesaurus[w]) wird von dem Occupanten erworben.[x]) Ein Bedenken entsteht, wenn jemand einen Schatz auf fremdem Grund und Boden entdeckt, sofern die Occupation nicht ohne eine ihm nicht zuständige Einwirkung auf das Grundstück möglich ist. Der Eigenthümer kann diese Occupation untersagen, und wenn der Finder dieses Verbot durch Verheimlichung umgeht, oder sich über dasselbe hinwegsetzt, so liegt es sehr nahe, dem Eigenthümer eine Klage auf Herausgabe des durch jene widerrechtliche Handlung gemachten Gewinns zuzusprechen. Seit man ferner unter den Imperatoren angefangen hatte, auf Vermehrung der öffentlichen Einkünfte und namentlich des Fiscus des Princeps aller Orten Bedacht zu nehmen, konnte es leicht als empfehlenswerthe Maßregel erscheinen, Schätze wie bona vacantia zu behandeln und dem Aerar oder Fiscus ein Anrecht darauf beizulegen.[y]) Die erste gesetzliche Anordnung über diesen Punkt, welche bekannt ist, traf Hadrian.[z]) Wer einen Schatz auf seinem eignen Grund-

v) L. 1 §. 1, L. 3 §. 1 D. eod.

w) L. 31 §. 1 D. eod.: Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat —. L. un. C. de thesauris (10, 15): — condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia —.

x) Man bezeichnet diesen Eigenthumserwerb gewöhnlich mit dem Ausdruck: Finden, inventio. Aber Finden ist gar kein juristischer Act, und nicht der Finder als solcher wird Eigenthümer, sondern nur, wenn er zugleich Occupant ist, was nicht immer zusammentrifft.

y) Dahin deuten die Anzeigen, die von entdeckten Schätzen an den Princeps gemacht wurden, sei es mit dem Gesuch des Occupanten, sie behalten zu dürfen, Philostrat. vit. sophist. II. 2. Zonaras, annal. IX. 20 (Rescript des Nerva) oder mit der Aufforderung, die zur Occupation nöthigen Mittel zu decretiren, Tac., ann. XVI. 1. Sueton., Nero 31.

z) §. 39 I. de rer. div. (2, 1.) Spartian. Hadr. 18.

stück findet, soll ihn durch Occupation erwerben und ohne Abzug behalten, hier ist es denn auch gleichgültig, ob er ihn absichtlich gesucht oder zufällig gefunden hat. In allen andern Fällen verwirkt man durch das absichtliche Nachforschen das Recht auf das Gefundene. Die Occupation in Folge zufälligen Findens aber giebt dasselbe Recht wie dort bei einem in heiligen Orten oder in Begräbnißplätzen befindlichen Schatz,[aa]) befand er sich auf fremdem Eigenthum, so hat der Eigenthümer, (sei es der Princeps, oder der Staat, oder eine Stadt, oder eine Privatperson) ein Recht auf die Hälfte, die er von dem Occupanten fordern kann.[bb]) Dieses Recht tragen auch die späteren Juristen bis zum Ende der dritten Periode vor, was nicht ausschließt, daß durch vorübergehende Finanzmaßregeln unter manchen Regierungen alle Schätze dem Fiscus vindicirt wurden, ja daß dieß sogar das Gewöhnliche war.[cc]) Die Folge davon war ohne Zweifel die, daß die Entdeckung gewöhnlich verheimlicht wurde, dieß bewog Constantin, während die Belohnung des Entdeckers bis dahin dem willkührlichen Ermessen überlassen war, durch ein allgemeines Gesetz dem Finder die Hälfte zuzusprechen.[dd]) Theodosius I kam auf das hadrianische Recht zurück, doch so, daß er den Anspruch des Grundeigenthümers auf ein Viertheil reducirte.[ee]) In den westlichen Theilen des Reichs scheint man, obwohl diese Verordnung in den theodosischen Codex aufgenommen wurden, das ausschließliche Recht des Fiscus nicht aufgegeben oder bald wiederhergestellt zu haben,[ff]) und auch im Orient geschah das Letztere, bis Kaiser Leo das Recht Hadrians wieder einführte, indem er zugleich die Anwendung heidnischer Gebräuche und zauberischer Künste

---

aa) Dieß hat nachher eine Constitution von Marc Aurel und Verus abgeändert, wenigstens in Beziehung auf Begräbnißplätze, der Fiscus soll hier Anspruch auf die Hälfte haben, L. 3 §. 10 D. de iure fisci (49, 14).

bb) Wo der Fiscus diesen Anspruch hat, wird dem Occupanten das Ganze und noch einmal so viel entzogen, wenn er den Schatz verheimlicht. Gegenüber andern Grundeigenthümern ist er zur Anzeige nicht verpflichtet, L. 3 §. 11 D. eod.

cc) So stellt es Lampridius im Leben des Alexander (c. 46) als einen besondern Gnadenact dar, daß dieser Princeps die Schätze den Findern zu überlassen pflegte, was voraussetzt, daß damals jeder dem Fiscus angezeigt werden mußte. Vgl. auch Iac. Gothofredus ad L. 1 C. Th. de thesaur.

dd) L. 1 C. Th. de thesauris (10, 18).

ee) L. 2. 3 C. Th. eod.

ff) So bestand es unter den Ostgothen, Cassiodorus, var. VI. 8.

bei der Aufsuchung von Schätzen verbot;[gg]) dieses Recht hat auch Justinian in seine Gesetzgebung aufgenommen.

CCXLII. Eine Eigenthumsveränderung, Erwerb auf der einen, Verlust auf der andern Seite, kann durch die Vereinigung mehrerer Sachen entstehen. Vor allem muß hier der Fall ausgeschieden werden, wenn mehrere Eigenthümer übereinkommen, ihre Sachen zu verbinden, z. B. ihr Getreide, ihren Wein, um die Masse gemeinschaftlich zu Markt zu bringen; durch die Ausführung dieser Uebereinkunft werden sie Miteigenthümer, jeder verliert sein Eigenthum an seiner Sache, und erwirbt das Eigenthum einer Quote des Ganzen, aber dieß ist eine Folge ihres Rechtsgeschäfts, und tritt ein, von welcher Art übrigens die Verbindung sein möge.[a])

Soll die Verbindung selbst eine Eigenthumsveränderung hervorbringen, so hängt diese Veränderung und ihre Modalität von zwei Momenten ab: 1) von der Innigkeit der Verbindung, 2) von dem Verhältniß, in dem die verbundenen Sachen stehen, welches ein doppeltes sein kann: a) daß die eine Sache Bestandtheil, Accession, der andern ist, sie also in dem Verhältniß von Hauptsache und Nebensache zu einander stehen, b) daß keine Sache Accession der andern ist, sie also zusammen eine dritte bilden, deren gleichmäßige Bestandtheile sie sind. Von dem ersten Moment, der Innigkeit der Verbindung, hängt es ab, ob überhaupt eine Eigenthumsveränderung eintritt, von dem zweiten, welcher Art diese Veränderung ist. Wir beginnen daher mit dem ersten Moment, dem das zweite anzuschließen sein wird.

Ist die Verbindung eine das Wesen der Sache nicht afficirende, eine rein äußerliche, so tritt überall keine Eigenthumsveränderung ein. Am unzweifelhaftesten ist der Fall, wenn sie gar keine Cohärenz der Körper bewirkt, z. B. wenn Getreide verschiedener Eigenthümer auf einen Haufen zusammengeschüttet wird, oder meine Schafe unter fremde gerathen; hier kann jeder seine Körner, seine Schafe sofort von dem Besitzer vindiciren.[b]) Aber auch im Fall einer körperlichen

gg) L. un. C. de thesauris (10, 15.)

a) L. 5 pr. D. de R. V. (6, 1), L. 7 §. 8 D. de adqu. dom. (41, 1.) §. 28 I. de rer. div. (2, 1.)

b) L. 5 pr. §. 1, L. 23 §. 4 D. de R. V. (6, 1.) Daß der Beklagte nicht angehalten werden kann, die einzelnen Körner zu restituiren, sondern den Werth

Cohärenz kann die Verbindung jener Art sein; das Kennzeichen ist, daß die Sachen scheidbar sind, also ihr früheres selbstständiges Dasein sich unverändert wieder herstellen läßt, z. B. wenn Metalle oder andere Flüssigkeiten vermischt sind, die sich chemisch wieder sondern lassen,[c]) oder wenn ein Stein in einen fremden Ring gesetzt, ein Balken in ein fremdes Haus verbaut worden ist, oder zwei Metallkörper durch ein davon verschiedenes Metall verbunden worden sind (Anlöthung, plumbatura).[d]) Auch hier ist das Eigenthum unverloren und die Vindication zulässig, nur daß sie, wenn eine mit einer andern körperlich verbundene Sache vindicirt werden soll, durch die actio ad exhibendum auf Trennung vorbereitet werden muß, da nur eine äußerlich selbstständige Sache vindicirt werden kann.[e])

Da die Verbindung, von der jetzt die Rede war, eine Veränderung des Eigenthums überhaupt nicht bewirkt, so ist es an sich auch gleichgültig, ob die verbundenen Sachen im Verhältniß der Accession zu einander stehen (wie bei dem Stein im Ring, im Haus 2c.) oder nicht (wie bei der Vermischung von Getreide, Flüssigkeiten 2c.). Nur der Unterschied ist, daß im ersten Fall der Eigenthümer der Hauptsache diese schlechtweg (obwohl ein fremder Bestandtheil daran sich befindet) vindiciren kann, während der Eigenthümer der Nebensache

---

(in Geld oder einem entsprechenden Quantum des Haufens), macht in der Sache keinen Unterschied. Nur bei Geldstücken, die unter das Geld eines Andern gekommen sind, so daß sie sich nicht mehr erkennen lassen, tritt eine Modification des Grundsatzes ein, das Eigenthum derselben geht dadurch verloren, sie können nicht mehr vindicirt, sondern es kann nur die Summe, die sie darstellen, mit einer persönlichen Klage gegen den dazu aus irgend einem obligatorischen Grund Verpflichteten (sei es jener, auf den das Eigenthum übergegangen ist, oder ein Dritter) gefordert werden, L. 78 D. de solut. (46, 3.) Der Grund liegt in der Natur des Gelds. Geldstücke sind 1) Sachen wie andere, als solche sind sie Gegenstände der Vindication, 2) Repräsentanten eines Werths, indem sie eine Geldsumme darstellen, die keinen Gegenstand der Vindication bildet. Unter dem fremden Geld, worin sie nicht mehr erkennbar sind, haben sie für ihren bisherigen Eigenthümer nur noch den zweiten Charakter.

c) L. 5 §. 1 D. de R. V. (6, 1), L. 12 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1.)

d) L. 23 §. 5 D. de R. V. (6, 1.)

e) L. 23 §. 5 cit., L. 6 D. ad exhib. (10, 4.) Nur bei dem tignum iunctum aedibus vel vineae ist die actio ad exhibendum, und damit auch die Vindication aus besonderen Gründen ausgeschlossen, ohne daß jedoch darum das Eigenthum selbst verloren ist, §. 231 Note dd.

bloß auf diese klagt,[f]) im zweiten Fall jeder bloß seinen Bestandtheil vindicirt.[g])

Einen Eigenthumserwerb aber bewirkt die Verbindung, wenn sie von der Beschaffenheit ist, daß die verbundenen Sachen unscheidbar sind, so daß das frühere getrennte Dasein derselben in seiner damaligen Art unwiederbringlich untergegangen ist. Dieser Untergang muß eine Veränderung des Eigenthums in seinem Gefolge haben, sie läßt sich aber auf doppelte Art denken, entweder so, daß die beiden Eigenthümer der vereinigten Sachen Miteigenthümer der daraus entstandenen Einen Sache werden, oder so, daß diese im ausschließlichen Eigenthum eines von ihnen ist, der Andere sein Eigenthum schlechthin verloren hat, und wegen etwaiger Entschädigung für diesen Verlust, wenn die Umstände sich gerecht machen, auf andere Rechtsmittel verwiesen ist. Welche von diesen beiden Formen der Eigenthumsveränderung eintritt, das entscheidet sich durch das Verhältniß, das unter den verbundenen Sachen besteht, es hängt davon ab, ob dieses das Accessionsverhältniß ist oder nicht.

Wenn zwei Sachen unscheidbar verbunden sind, ohne daß die eine Accession der andern genannt werden kann, z. B. zwei Massen desselben Metalls, oder Weine ꝛc., so werden die bisherigen Eigenthümer derselben Miteigenthümer des Ganzen.[h]) Dieß ist stets der Fall, wenn die Sachen zufällig verbunden worden sind. Sind sie absichtlich von einem der Eigenthümer vereinigt worden ohne den Willen des andern (von dem Fall, wenn es mit dem Willen beider geschah, war oben die Rede, s. Note a), so ist noch dasselbe anzunehmen, wenn sich mit der Vereinigung nicht die Hervorbringung einer neuen Species verband. Hat aber jemand aus seiner und einer fremden Sache durch ihre Verbindung eine neue, davon ihrem Wesen nach verschiedene mit dem animus sibi habendi gemacht oder machen lassen, z. B. aus mehreren verschiedenen Stoffen ein Arzneimittel, aus eigner und fremder Wolle Tuch, aus eignem und fremdem Holz ein Schiff ꝛc., so giebt dieses Hinzukommen der Fabrication und das Entstehen einer neuen Species jenem animus ein solches Gewicht,

---

f) L. 23 §. 5 cit. L. 26 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1.)

g) L. 2. 5 §. 1 D. de R. V. (6, 1.)

h) §. 27 I. de rer. div. (2, 1.) L. 3 §. 2, L. 4 D. de R. V. (6, 1.) Daher pflegt man confusio als eine Eigenthumserwerbsart aufzuführen, und ihr die commixtio, als eine scheidbare Vermischung (Note c), entgegenzusetzen.

daß der Verfertiger Eigenthümer des Ganzen wird.[i]) Man nennt diesen Erwerb durch Hervorbringung einer neuen Sache (cum quis ex aliena materia *speciem* aliquam suo nomine fecerit) Specification. Er hat aber noch eine weitere Anwendung; nicht bloß wenn eigner und fremder Stoff verbunden, sondern auch, wenn rein fremder Stoff dazu verwendet worden ist, der Verfertiger also von dem Seinigen nichts als seine Arbeit hinzugethan hat, soll er Eigenthümer des Fabricats werden.[k]) Dieß war die Meinung der Proculianer, die Sabinianer wollten die Sache dem Eigenthümer des Stoffs zuwenden, sie stellten den Grundsatz auf: quod ex re nostra fit, nostrum est. Die Erwerbung des Specificanten nach der proculianischen Ansicht setzt aber zuweilen voraus, einmal eine wirkliche Fabrication, als solche kann z. B. das bloße Färben eines Stoffs, das Ausdreschen des Getreides nicht gelten,[l]) und sodann, nach einer weiteren Entwickelung jener Ansicht, eine vollkommene Veränderung der verbrauchten Sache, die daran erkennbar ist, daß sie sich nicht mehr aus dem Fabricat wiederherstellen läßt, so daß also z. B. die Verfertigung eines Gefäßes aus fremdem Silber keine Specification mit jener Wirkung ist. In dieser Gestalt ist die proculianische Ansicht auch im justinianischen Recht recipirt. In der That kann erst unter diesen Umständen gesagt werden, daß die beiden vereinigten Dinge, Stoff und Arbeit, unscheidbar sind und sich vollkommen durchdrungen haben, was nicht der Fall ist, wenn das Resultat der Arbeit sich rein entfernen, und der reine Stoff sich wieder darstellen läßt. In der Zutheilung der Sache an den Specificanten könnte man eine Begünstigung der Industrie finden, der juristische Grund aber ist, daß der Stoff als untergegangen, das Fabricat als eine neue Sache betrachtet wird, die als solche keinem Andern gehören kann, als dem, der sie mit dem animus sibi habendi erzeugt hat.[m])

---

i) L. 5 §. 1 D. de R. V. (6, 1), L. 27 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1.)

k) Gai. II. 79. L. 7 §. 7., L. 24. 26 pr. §. 3 D. de adqu. dom. (41, 1.). §. 25 I. de rer. div. (2, 1.)

l) L. 7 §. 7 cit.: — qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.

m) Von diesem Standpunkt aus muß es gleichgültig sein, ob der Specificant das fremde Eigenthum am Stoff gekannt hat oder nicht. Ein besonderer Fall aber ist noch, wenn er nicht bloß überhaupt wußte, daß die verarbeitete Sache eine fremde sei, sondern in der positiven Absicht, einen rechtswidrigen Gewinn zu machen, sie verarbeitete. Hier kehrten manche Juristen zu der sabinia-

Wir gehen zu dem Fall fort, daß zwei Sachen so verbunden werden, daß die eine Bestandtheil der andern ist, also zu dem Fall der Accession. Wir setzen eine solche voraus, wodurch die Sache integrirender Bestandtheil der Hauptsache, ihre Trennung also, wenigstens ohne wesentliche Modification unmöglich wird (§. 222). Die hinzukommende Sache hat definitiv aufgehört, als eine selbstständige zu existiren, das Eigenthum daran ist verloren, und dem Eigenthümer der Hauptsache erworben.[n]) Nun kann es unter Umständen zweifelhaft sein, welche von beiden Sachen die Hauptsache ist, also die andere nach sich zieht. Darüber entscheidet nicht schlechterdings der höhere Werth, sondern die Bestimmung, die der Sache gegeben ist, oder auch die natürliche Abhängigkeit der einen von der andern.[o]) So zieht das Eigenthum am Tuch das an der eingewebten Verzierung nach sich, dasselbe hat man angenommen für das Eigenthum am Papier oder Pergament, das die darauf geschriebenen Buchstaben nach sich ziehen soll;[p]) wenn dagegen auf fremder Leinwand oder Tafel gemalt ist, so ist der Natur der Sache gemäß entschieden, daß das Gemälde die Hauptsache ist, wofern es nicht die Bestimmung hat, den Gegenstand, auf den es aufgetragen ist, z. B. die Wand, das Geräthe, zu verzieren.[q]) Wenn zwei Metallkörper an

---

nischen Ansicht zurück, und gestatteten jenem nicht, sich auf seine Fabrication zu berufen, sie behandelten den Stoff und die Form als scheidbar, indem sie die letztere ganz ignoriren ließen, L. 12 §. 3 D. ad exhib. (10, 4), L. 4 §. 20 D. de usurp. (41, 3) (beide Stellen von Paulus, der anderwärts die proculianische Ansicht vorträgt, L. 52 §. 14 D. de furt. (47, 2.)

n) L. 26 §. 2 D. de adqu. dom.: Arbor radicitus eruta et in alio posita, priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur. Nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam.

o) Vgl. L. 19 §. 13. 15. 20. L. 29 §. 1 D. de auro, argento (34, 2). Dieses Princip gilt für die Accessionsqualität überhaupt, nicht bloß für jene, die Wiederherstellung der Selbstständigkeit ausschließende.

p) §. 26. 33 I. de rer. div. (2, 1.)

q) Gai. II. 78. L. 9 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1.), §. 34 I. de rer. div. (2, 1), L. 39 §. 1 D. de H. P. (5, 1.) Gaius sagt, der Unterschied, der hier zwischen Schreiben und Malen gemacht werde, habe keinen haltbaren inneren Grund für sich. Gegen diese Behauptung würde sich wenig einwenden lassen, wenn er davon den Gebrauch machte, für das Schreiben dieselbe Entscheidung wie für das Malen zu empfehlen. Dem ist aber nicht so; vielmehr billigt er es vollkommen, daß die Schrift als die Nebensache behandelt wird, und wünscht, bei dem Gemälde möchte es eben so gehalten werden. Entschieden ist dieser letzteren Meinung Paulus, L. 23 §. 3 D. de R. V. (6, 1), der die Accessionsqua-

einander geschweißt sind (ferruminatio), so kann auch hier die Natur der Sache den einen zur Accession des andern machen, wie wenn es sich von dem Glied einer Statue handelt,[r] außerdem wird hier das der beiden Stücke der Accession betrachtet, welches den geringeren Umfang und Werth hat.[s] Bei einem Schiff wird der Kiel als der Theil betrachtet, zu dem die übrigen als Accessionen sich verhalten.[t] Am unzweifelhaftesten ist die Entscheidung bei der Verbindung einer Sache mit dem Grund und Boden, hier ist stets das solum das principale, ist die Verbindung also eine vollkommene, so daß die Accession eine res soli wird, so wird die Sache von dem Eigenthum an dem Grundstück ergriffen. Dieß ist der Fall bei dem Bauen (superficies solo cedit, omne quod inaedificatur, solo cedit), nur vorausgesetzt, daß das Gebäude nicht seiner Bestimmung nach ein bewegliches ist (Zelt, Bude, Hürde u. dgl.); wer und in welcher Absicht er das unbewegliche Gebäude errichtet hat, ist gleichgültig.[u] Dasselbe gilt von Samen und Pflanzen, sowie sie Wurzeln geschlagen haben, und dadurch res soli geworden sind.[v] In allen Fällen liegt der Grund des Erwerbs nicht in der Thätigkeit, durch welche die Erfolge vermittelt worden sind, sondern in der nothwendigen Absorption des Eigenthums der integrirenden Acces-

---

lität schlechtweg auf den Umstand stellt, welche Sache ohne die andere nicht bestehen kann, und darum beim Schreiben und Malen den Träger der Schrift und des Gemäldes als die Hauptsache behandelt.

r) L. 23 §. 5 D. de R. V. (6, 1.)

s) L. 27 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1.)

t) L. 61 D. de R. V. (6, 1.)

u) Gai. II. 73. L. 7 §. 10—12 D. de adqu. dom. (41, 1.) §. 29. 30 I. de rer. div. (2, 1.) Dieser nothwendige Erwerb durch Accession trifft aber nur das Gebäude als Ganzes, denn nur als solches ist es res soli; sollen die Materialien, aus denen es besteht, auch als einzelne in das Eigenthum des Grundeigenthümers kommen (also ihre Vindication nach Zerstörung des Gebäudes ausgeschlossen sein), so muß noch ein anderer Erwerbsgrund hinzutreten. Ein solcher ist der Ersatz ihres Werths an den, der sie auf unserem Boden verbaut hat, ferner daß er sie mit dem animus donandi verbaut hat, L. 2 C. de R. V. (3, 32); nach den vorhin allegirten Stellen soll dasselbe auch angenommen werden, wenn der Bauende überhaupt gewußt hat, daß der Boden ein fremder sei, eine Behauptung, die jedenfalls zu weit ist.

v) Gai. II. 74. 75. §. 31. 32 I. de rer. div. (2, 1.), L. 7 §. 13, L. 9 pr. D. de adqu. dom. (41, 1.) Daraus folgt nicht, daß die Wurzeln für sich das Eigenthum bestimmten, so daß der Nachbar Eigenthümer oder Miteigenthümer des Baums würde, weil dessen Wurzeln in sein Grundstück hinüberreichen, L. 6 §. 2 D. arborum furtim caes. (47, 7.)

sion durch das Eigenthum der Hauptsache, daher könnte die Accession also durch einen reinen Zufall geschehen sein, und es würde doch dieselbe Folge eintreten. Dieß ist der Fall, wenn durch eine Strömung Bäume und Rasen von einem Grundstück abgerissen und an ein anderes hingeführt werden, sobald sie mit diesem verwachsen sind.[w]) — Es fragt sich noch, ob und wie der durch solche Accessionsfälle verlierende Eigenthümer von dem Gewinnenden eine Entschädigung fordern kann. Ist er im Besitz der Sache, so hat er eine exceptio doli gegen die Vindication des Letzteren, wenn ihn dieser nicht entschädigt, und zwar schlechthin, wenn die Vereinigung durch die Thätigkeit desselben vermittelt worden ist, hat sie aber ihren Grund in der eigenen Thätigkeit des Verlierenden, nach den Grundsätzen von den Verwendungen (§. 232). Ist er nicht im Besitz, und die Verbindung ist durch den Eigenthümer der Hauptsache, oder auch von ihm selbst, aber bona fide, geschehen, so wird ihm eine in factum actio gegeben, wobei der beklagte Eigenthümer, sofern er in bona fide ist, die Wahl hat, ob er jenen entschädigen, oder ihm umgekehrt die ganze Sache gegen Ersatz seines Eigenthums abtreten will.[x])

Einen besonderen Fall des Erwerbs durch Accession bildet die Erweiterung, die ein Grundstück dadurch erhalten kann, daß es an einem öffentlichen Fluß liegt. Die gewöhnlichste Art der Vergrößerung ist die daß der Fluß allmählich und unmerklich Land ansetzt, also gegen das Grundstück zurücktritt, während er an einem andern Ort Land abspült, also sein Bette erweitert. Jener Ansatz heißt alluvio.[y]) Diese Vergrößerung fällt aber weg bei agri limitati.[z]) Der Grund ist, weil hier den Centurien (§. 223 a. E.) ein bestimm-

w) L. 7 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 9 §. 2 D. de damno inf. (39, 2).

x) So unter den übrigen bisher angeführten Stellen, Gai. II. 76—78. L. 23 §. 4. 5 D. de R. V. (6, 1.) Die Klage findet gegen den Eigenthümer, nicht bloß gegen den, der es zur Zeit der Accession war, Statt, daher wird sie in einigen Stellen als utilis in rem actio bestimmt, L. 5 §. 3 D. eod., L. 9 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1.) — Außerdem ist es möglich, daß dem Benachtheiligten jemand (sei es der gewinnende Eigenthümer oder ein Anderer) durch einen besondern obligatorischen Grund, z. B. durch Entwendung der nachher zur Accession gewordenen Sache, verpflichtet ist.

y) Gai. II. 70. L. 7 §. 1, L. 12 pr. D. de adqu. dom. (41, 1.)

z) L. 16 D. eod, Sic. Flacc. de cond. agr. p. 150 Lachm. Aggen. in Frontin. p. 16 sq. 49 sqq. Hygin. de gen. controv. agror. p. 121.

tes Maß gegeben ist, welches die Vergrößerung der darin begriffenen Grundstücke in ihrer Gesammtheit ausschließt. Was nun aber die Erweiterung der einzelnen anlangt, die allerdings nicht auf ein festes Maß gesetzt sind, so ist entweder dem Fluß, der durch eine Centurie hindurchgeht, und die daran liegenden Güter begränzt, ein bestimmter Raum zugemessen, und es kann daher dem Fluß nichts abgewonnen werden, oder es ist dieß nicht geschehen, dann schien es unstatthaft, dem einen Grundstück einen Vortheil zu gestatten, den es auf Kosten eines andern zieht (von dem der Fluß so viel abnehmen wird, als er dem andern ansetzt), weil die Limitation, indem sie dem Complex der Grundstücke ein bestimmtes Maß vorschreibt und so die einzelnen beengt, gewissermaßen die Pflicht hat, sie gegen Verringerungen durch den Fluß zu schützen. In nichtlimitirtem Land fallen diese Rücksichten weg, und es tritt daher jener naturgemäße Erwerb durch Alluvion ein; hier mag jeder Eigenthümer einem Verlust dadurch zuvorzukommen zu suchen, daß er für die Befestigung des Ufers Sorge trägt, worin ihn der Prätor durch ein Interdict schützt.[aa]) Die Alluvion läßt sich als eine theilweise Entblößung des Flußbettes auffassen, welches als Träger eines öffentlichen Flusses res publica und den angränzenden Grundstücken, deren Fortsetzung es bildet, entzogen ist, aber auch nur so lange, als es Flußbette bleibt.[bb]) Ein zweiter Fall solcher theilweiser Entblößung des Flußbettes ist die Entstehung einer Insel im Fluß. Wenn eine Linie gedacht wird, die das Flußbette der Länge nach in zwei gleiche Hälften theilt, so fällt, was von der Insel diesseits dieser Linie liegt, an die Grundstücke des diesseitigen Ufers, je nach ihrer Länge am Fluß hin, und ebenso jenseits.[cc]) Ganz so ist es bei der gänzlichen Entblößung des Flußbettes (alveus derelictus), wenn der Fluß versiegt oder seinen Lauf ändert.[dd]) Aber auch diese Accessionen sind bei agri limitati ausgeschlossen, hier werden insula und alveus dere-

aa) Dig. XLIII. 15: ne ripa munienda.

bb) Daher kann von diesen Erwerbungen bei Privatgewässern nicht die Rede sein, deren Boden im Privateigenthum ist, und seine Eigenschaft nicht ändert, mag das Wasser darüber gehen oder nicht.

cc) L. 7 §. 3, L. 29. 56 pr. D. de adqu. dom. (41, 1), §. 22 I. de rer. div. (2, 1.)

dd) L. 7 §. 5, L. 30 §. 1 D. de adqu. dom. §. 23. 24 I. de rer. div.

lictus, sofern der Boden res publica nur um des Flusses willen war, herrenlos.[ee])

Bis jetzt war von Accessionen die Rede, welche rein von außen an eine Sache kommen, und die dadurch ihren Eigenthümer verändern, daß sie ihre frühere Selbstständigkeit unwiderruflich verlieren. Nun kann aber eine Sache einen Zuwachs noch von innen heraus erhalten, durch ein Erzeugniß, das sie aus sich, wenngleich nicht ohne Einwirkung von außen, hervorbringt, das Thier Junge, die Erde Mineralien und Pflanzen, die Pflanzen selbst wieder Blüthen und Früchte. Diese Erzeugnisse sind in ihrem Werden und Reifen integrirende Theile der Sache, ohne Selbstständigkeit, von dem Eigenthum an der Sache nothwendig an sich gezogen,[ff]) ohne Rücksicht auf das bei der Erzeugung mitwirkende Element.[gg]) Aber sie haben nicht die Bestimmung, in dieser Unselbstständigkeit für immer zu verharren, es tritt eine Zeit ein, wo jene Verbindung aufgehoben wird, wo sie separirt werden. Diese Ablösung verändert das Eigenthum an sich so wenig, als die Trennung eines andern Theils von der Sache, daher ist Eigenthümer des Erzeugnisses der, welcher im Augenblick der Separation Eigenthümer der erzeugenden Sache war.[hh])

Unter diesen Erzeugnissen wird eine besondere Classe ausgeschieden, darum nämlich, weil in Beziehung auf sie das Recht des Eigenthümers beschränkt und durch das Recht anderer Personen außer Wirkung gesetzt sein kann; diese Classe bilden die Früchte. Fructus ist der Gewinn, den die Sache dem Besitzer abwirft; nicht alle Erzeugnisse haben diesen Charakter, so allerdings das Holz, das aus einem dieser Nutzung bestimmten Wald geschlagen wird, aber nicht die Bäume, die der Sturm umgerissen hat,[ii]) ferner die Jungen der Thiere, aber nicht die Kinder der Sclavin.[kk]) Die Eigenschaft der

ee) L. 1 §. 6. 7 D. de fluminib. (43, 12.)

ff) L. 44 D. de R. V. (6, 1), L. 61 §. 8 D. de furt. (47, 2). L. 1 §. 1 D. de inspic. ventre (25, 4).

gg) — in percipiendis fructibus magis corporis ius, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, adspicitur, L. 25 §. 1 D. de usur. et fructib. (22, 1), L. 5 §. 2 D. de R. V. (6, 1.)

hh) §. 19 I. de rer. div. (2, 1.)

ii) L. 7 §. 12 D. sol. matrim. (24, 3.)

kk) L. 10 §. 2. 3 D. de iure dot. (23, 3), Ulpian. L. 27 pr. de H. P. (5, 3): — quia non temere ancilla eius causa comparantur, ut pariant. Mehr wie eine bloße Phrase erscheint der Grund, den Gaius angiebt, L. 28 §. 1

Frucht hat nun auf den Erwerb des Eigenthums an dem Erzeugniß Einfluß. Bei den Erzeugnissen, die nicht Früchte sind, gilt uneingeschränkt jener Grundsatz, daß durch die Separation der Eigenthümer der erzeugenden Sache das Eigenthum daran erwirbt; eben so bei den Früchten, wenn kein Anderer zu diesen berechtigt ist; nicht weniger, wenn ein Anderer zu dem Fruchterwerb berechtigt ist, aber ohne juristischer Besitzer der Sache zu sein, z. B. als Usufructuar, als Pächter, ein solcher erwirbt das Eigenthum der Früchte erst durch die Perception,[ll] es geht von dem Eigenthümer der Sache auf ihn über (§. 241 Note n), schließt also den vorangehenden Erwerb des Eigenthümers nicht aus, der sogar als geschehen zu denken ist, wenn Separation und Perception zusammenfallen sollten. Anders ist es bei dem Besitzer des ager vectigalis oder dem Emphyteuta, dieser erwirbt das Eigenthum der Früchte des Grundstücks im Augenblick der Separation, wie sonst der Eigenthümer, schließt also dessen Erwerb aus, und dasselbe gilt von dem bonae fidei possessor, von dem daher gesagt wird: in fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est.[mm]

Dieser Fruchterwerb des bonae fidei possessor muß noch näher bestimmt werden.[nn] Wer ist es vor allem, dem dieser Erwerb bei-

---

D. de usur. (22, 1): — absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit, eine Reminiscenz aus den Büchern der Stoiker (Cic. off. I. 7), gegen welche eine andere Aeußerung Ulpian's, L. 68 D. de usufr. (7, 11): — neque enim in fructu hominis homo esse potest — den Vorzug hat, wenigstens den Grund des Grundes, d. h. das sittliche Gefühl anzudeuten, das selbst eine sclavenhaltende Nation abhalten muß, Menschen die Bestimmung von Zugvieh zu geben. Uebrigens bestand unter den älteren römischen Juristen eine (wahrscheinlich auf der Sprache fußende) Controverse, ob überhaupt Geburten, also auch von Thieren, als fructus gelten könnten, und manche behaupteten, daß, wenn man den Ausdruck auf die fetus pecorum anwende, er auch auf den partus ancillae erstreckt werden müsse, Cic. de finib. I. 4. L. 68 cit.

ll) Das Wort perceptio bedeutet häufig gar keinen besonderen Act, sondern das Gewinnen, Beziehen der Früchte überhaupt, wo es aber gebraucht wird, um den Zeitpunkt des Erwerbs zu bestimmen, wird der erste Moment der factischen Beziehung: die Besitzergreifung, darunter verstanden, s. z. B. L. 13 D. quib. mod. ususfr. (7, 4), L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1.)

mm) L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1.)

nn) Es giebt darüber zwei Ansichten. Durch die Separation soll er 1) nach der älteren Ansicht das Eigenthum erwerben, diese ist in der neueren Zeit ausgeführt worden von Unterholzner, Archiv für civil. Pr. VIII. 13, Backe b. f. possess. quemadm. fructus suos faciat 1825; 2) nach einer neueren nur den

gemessen wird? Nicht geradehin der Usucapionsbesitzer, denn es kann jemand dieses sein, und doch jenen Erwerb nicht haben, wenn er nämlich seine bona fides nachher verloren hat, und umgekehrt kann er nicht Usucapionsbesitzer sein, und doch jenen Erwerb machen, wenn nämlich die Sache usucapionsunfähig (z. B. furtiva oder vi possessa) ist,[oo] sondern der Besitzer, welcher auf einen iustus titulus gestützt die Sache fortwährend für die seinige hält.[pp] Was sodann den Zeitpunkt des Erwerbs anlangt, so sind bei Früchten vier Momente zu unterscheiden: 1) die Zeit vor der Trennung (fructus pendentes), 2) die Separation, 3) die Perception (Besitzergreifung), 4) die Consumtion, d. h. der natürliche oder juristische Verbrauch (Verzehrung und Veräußerung) derselben (fructus consumti den extantes entgegengesetzt). Das erste und dritte Moment kommt hier nicht in Betracht; das vierte hat die Wirkung, daß die bona fide consumirten Früchte aufhören, Accessionen der Eigenthumsklage auf die Sache zu sein, daß der Besitzer also, wenn er die Sache restituiren muß, sie nicht zu ersetzen braucht, sondern sie lucrirt (§. 232), es bezieht sich mithin zwar auf den Erwerb der Früchte im öconomischen Sinn, nämlich auf den Gewinn, den es in der That erst gewährt, aber nicht auf den juristischen Begriff des Eigenthumserwerbs, von dem hier die Rede ist.[qq] Das Moment, um das es hier allein sich handelt, ist sonach die Separation. Von dieser

---

Usucapionsbesitz, diese hat aufgestellt, ohne sie bisher im Einzelnen ausgeführt zu haben, Savigny, Recht des Bes. §. 22a. Die erste ist, wie mir scheint, die richtige, was aber nicht durchgängig von ihrer Ausführung im Einzelnen gesagt werden kann, worin jene Schriftsteller unter sich und mit Andern uneinig sind.

oo) L. 48 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 48 §. 6 D. de furt. (47, 2.)

pp) Savigny deducirt seine Ansicht so (Note nn): Separation der Frucht ist Theilung der Sache, an dem Theil (hier der Frucht) setzt sich das Recht der Hauptsache fort, beim Eigenthümer das Eigenthum, beim bonae fidei possessor der Usucapionsbesitz, Eigenthümer wird er erst durch die Vollendung der Usucapion. Man sieht, dieß setzt voraus, daß der Grund des Erwerbs der Usucapionsbesitz sei. Dem ist aber nicht so, und damit fällt, wenn ich nicht irre, die ganze Deduction. Aus seiner Ansicht würde nämlich folgen, daß jeder Usucapionsbesitzer den Erwerb mache, jeder, der es nicht ist, davon ausgeschlossen sei. Nichts aber ist gewisser, als daß beides sich anders verhält.

qq) Beides ist wohl zu unterscheiden; wer z. B. Erbschaftsgeld pro herede besitzt und damit eine Sache ankauft, wird ohne Zweifel Eigenthümer derselben, aber er lucrirt sie nicht, da er mit der Erbschaftsklage auf ihre Herausgabe belangt werden kann. Fällt nachher diese Klage gegen ihn weg, so hat er nun die Sache gewonnen, aber man kann nicht sagen, daß er jetzt erst Eigenthümer derselben geworden ist.

nun sagen die römischen Juristen mit größter Bestimmtheit, daß sie bei den Erzeugnissen, die nicht in fructu sind, z. B. dem partus ancillae, den b. f. possessor zum Usucapionsbesitzer mache, wenn nicht ein besonderes Usucapionshinderniß entgegenstehe (z. B. die gestohlne Sclavin, die bei dem bonae fidei emtor geboren hat, hätte schon vor dem Diebstahl oder wenigstens beim Dieb empfangen gehabt), bei den Früchten hingegen mache sie ihn zum Eigenthümer, und zwar nicht bloß bei den Früchten, die er durch seine Thätigkeit hervorgebracht (s. g. fructus industriales), sondern bei allen.[rr] Die Folge dieses Eigenthumserwerbs ist, daß der Eigenthümer der Sache die Früchte nicht vindiciren kann; dieß schließt nicht aus, daß mit der Vindication der Sache selbst diese Früchte als causa rei mitgefordert werden können (§. 232), und insofern ist der Eigenthumserwerb des Besitzers etwas nominelles,[ss] aber er erhält Realität für ihn sowie die Eigenthumsklage auf die Sache gegen ihn wegfällt, so wenn er die Sache usucapirt, oder wenn er sie veräußert hat, in welchem Fall also die bei ihm zurückgebliebenen Früchte nicht vindicirt werden können, eben weil nicht der Eigenthümer der Sache, sondern er Eigenthümer derselben geworden ist, und darin eben liegt das praktische Interesse dieses Erwerbs.[tt] Zugleich aber auch die Rechtfertigung des Rechtssatzes selbst; er beruht

---

rr) L. 48 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 1 §. 2 D. de pignor. (20, 1), L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1), L. 48 §. 5. 6 D. de furt. (47, 2), L. 4 §. 19 D. de usurp. (41, 3): Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emtorem, contra; quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumti sunt. Quod verum est. Die Erwähnung der Consumtion bei den Lämmern gründet sich darauf, daß die Lämmer einer Heerde (welchen gewöhnlichen Fall der Jurist voraussetzt) Früchte dieser sind, also als separirt erst bei der Ausscheidung aus der Heerde betrachtet werden) können, und diese Ausscheidung pflegt durch Veräußerung oder Verzehrung zu geschehen. Der Jurist knüpft daher hier die Erwerbung nicht an ein anderes Moment als die Separation, er bestimmt diese nur anders, als bei anderen Thieren.

ss) In L. 48 pr. D. de adqu. dom. wird dieß durch den Ausdruck angedeutet; fructus — suos *interim* facit —.

tt) Bei fructus industriales kann diese Realität auch schon gegenüber der rei vindicatio auf die Sache eintreten, indem der Besitzer so viel, als die darauf verwendeten Kosten betragen, davon zurückbehalten kann, davon spricht L. 45 D. de usur. (22, 1), wo das fructus suos facere (bei einer Schenkung unter Ehegatten) von dem Lucriren der Früchte zu verstehen ist.

auf ähnlichen Motiven wie der Erwerb des b. f. possessor ex operis servi, mit dem jener ausdrücklich verglichen wird.[uu]) Einen solchen Besitzer, wenn er der Vindication der Sache selbst überhoben ist, erst noch wegen der davon gezogenen Früchte besonderen Vindicationen auszusetzen, und wenn ihn z. B. die heute abgelaufene Usucapionszeit über sein Eigenthum sicher stellt, wegen der gestern gemachten Ernte seine Sicherheit von dem Eigenthum seines Auctors abhängig zu machen, auch diesen also, nachdem er von der Haftung für die Eviction der Sache durch die Usucapion befreit ist, noch immer für die Früchte haften zu lassen, für solche sogar, die erst bei dem Käufer entstanden sind, und daher nicht als mitverkauft angesehen werden können,[vv]) und das bei Früchten, dem ordentlichen Gewinn, für den die Sache bestimmt ist, den der Besitzer factisch bezieht, und ein rechtmäßiger Besitzer nicht widerrechtlicher Weise, — alles dieses konnte unmöglich als die rechte und der Natur der Sache gemäße Gestaltung des Rechtsverhältnisses erscheinen, ohne daß man sich mit den Institutionen Justinian's auf den vagen, halben, nicht erschöpfenden Billigkeitsgrund, dem Besitzer sei der Fruchterwerb pro cultura et cura vergönnt,[ww]) zu berufen braucht.

Beschränkung des Eigenthums durch Jura in re.

CCXLIII. Das Eigenthum hat eine gewisse Stabilität und Dauer in seinem Charakter, in seiner juristischen Natur liegt nichts, was eine Veränderung in ihm veranlaßt, was zu einem Verlust, zu einer Veräußerung hinführt. Die Veranlassung zu seinem Untergang und seiner Alienation liegt nur außer ihm, sei es in einer ihm willkührlich gegebenen Bestimmung, z. B. von dem Handels- oder Gewerbsmann, die sich das Eigenthum an Sachen verschaffen, um es durch Tausch oder Fabrication in anderes umzusetzen, oder in dem Bedürfniß des Eigenthümers, das ihn Eigenthum aufzugeben nöthigt, um sich anderes, ihm jetzt unentbehrlicheres zu verschaffen, endlich in dem Bedürfniß Anderer, welches den Eigenthümer irgend wie (durch eigennützige oder uneigennützige Motive) zu bestimmen

uu) L. 25 §. 1. 2 D. de usur. (22, 1.)
vv) Vgl. L. 8. 42. 43 D. de evict. (21, 2), L. 82 §. 4 D. de leg. I (30).
ww) §. 35 I. de rer. div. (2, 1.)

vermag, ihnen sein Eigenthum abzutreten. Wir fassen die letzten Fälle ins Auge, wo ein Bedürfniß des Eigenthümers oder eines Andern zur Veräußerung führt. Hier kann es sein, daß der Zweck schon durch eine partielle Veräußerung, nämlich durch Abtrennung eines Bestandtheils des Eigenthums und Uebertragung auf einen Andern, erreicht werden würde, eine Veräußerung, die sich als Beschränkung des Eigenthums darstellt, indem sie eine Herausnahme von Befugnissen, die im Eigenthum liegen (und wäre es auch nur die Befugniß, jeden Andern von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen), in sich trägt. Die Möglichkeit einer solchen Beschränkung hat für das Eigenthum eine erhaltende Kraft, insofern sie die Stelle einer totalen Veräußerung vertritt, also die Fälle, wo der Eigenthümer zu der letzteren sich bestimmt findet, vermindert.

So wenn wir uns denken, daß der Eigenthümer Geld bedarf, welches er sich durch Verkauf einer Sache verschaffen könnte, wird ihm jene Möglichkeit das Mittel geben, für ein Darlehen Credit zu finden, indem er dafür seine Sache verpfändet, und dadurch dem Gläubiger das Recht einräumt, künftig im Fall der Nichtbefriedigung die Sache zu verkaufen. Dadurch entgeht der Eigenthümer für jetzt wenigstens der Nothwendigkeit, um jenes vielleicht nur vorübergehenden Bedürfnisses willen seine Sache zu verlieren, obgleich ihm freilich dieser Verlust bevorsteht, wenn es ihm nicht möglich sein sollte, seine Schuld zu rechter Zeit abzutragen. Ferner ist einem Andern, der außerdem das Eigenthum der Sache oder eines Theils derselben sich zu verschaffen suchen würde, vielleicht schon damit gedient, wenn ihm der Eigenthümer ein gewisses Nutzungsrecht überträgt und dadurch sein Eigenthum beschränkt, indem es übrigens neben jenem Recht fortdauert, ein Nutzungsrecht entweder zu Gunsten eines Grundstücks, dessen Benutzung durch diesen Gebrauch der fremden Sache, z. B. durch einen Weg, eine Wasserleitung, erleichtert und erhöht werden soll, oder zu Gunsten einer Person, deren Bedürfnisse durch die Benutzung der fremden Sache befriedigt werden. So wird also auch durch die Zulässigkeit solcher Servituten vielleicht einer Veränderung des Eigenthums vorgebeugt (vgl. Bd. I §. 23 S. 50). Endlich schließen sich noch die Rechte an, die wir unter dem Namen der Superficies und des Rechts am Ager vectigalis oder der Emphyteusis kennen lernen werden, und deren Bildung theils ein Bedürfniß Anderer, theils des Eigenthümers, verbunden mit

dem Verlangen des letzteren, sein Eigenthum sich zu erhalten, veranlaßt hat: ein Bedürfniß Anderer, denen es um eine feste Wohnung oder den sicheren und unveränderlichen Betrieb des Landbaus zu thun ist, ohne daß ihre Absicht gerade auf das Eigenthum an dem Grundstück geht, ein Bedürfniß des Eigenthümers, dem namentlich im letzteren Fall daran liegen kann, einen erblichen, und darum bei dem dauernden Culturstand des Guts mehr als ein zeitlicher interessirten Pächter zu haben.

Die Befugnisse, von denen jetzt die Rede war, lassen sich als Inhalt einer Forderung gegen den Eigenthümer denken; hier würden sie keine Beschränkungen des Eigenthums selbst sein, da sie nur gegen die Person des Eigenthümers gerichtet wären. Aber sie würden zugleich dem Bedürfniß nicht entsprechen, da sie für den Berechtigten nicht den Grad von Sicherheit hätten, den er beabsichtigt; er würde sie nur gegen die ihm verpflichtete Person, nicht gegen einen Andern, der in das Eigenthum, ohne die Verbindlichkeit zu übernehmen, einträte, geltend machen können. Dem Bedürfniß entsprechen sie nur dann vollständig, wenn sie Beschränkungen des Eigenthums selbst sind, und ist dieß der Fall, wenn sie zum Inhalt eines Rechts an der Sache (eines dinglichen Rechts) gemacht werden. Hier ist dem Berechtigten die Sache, die ihm jenen Vortheil gewähren soll, unmittelbar unterworfen, die Ausübung und Realisirung seines Rechts ist von der Person des Eigenthümers unabhängig, wer auch künftig Eigenthümer, und wie er es geworden sein möge, er hat das Eigenthum mit dieser Beschränkung (sofern nicht ein Endigungsgrund für jenes Recht eingetreten ist) überkommen, der Berechtigte kann sein Recht gegen ihn wie gegen jeden, der seine Ausübung hindert oder stört, geltend machen.[a])

So treten neben das Eigenthum noch andere Rechte an Sachen. Diese übrigen dinglichen Rechte außer dem Eigenthum, der totalen Macht über eine Sache, lassen sich nicht anders denken, denn als partielle Unterwerfung derselben, und da das Eigen-

---

a) L. 2 C. si unus ex plur. hered. (8, 32): — cum eius (pignoris) vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur —. L. 3 C. de servit. (3, 34): — si ea praecesserint, quae servitutes constituunt — quare non ignoratis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerint, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emtores eadem praedia posse.

thum an sich, um seiner Totalität willen, jede Befugniß, die sich über eine Sache denken läßt, in sich trägt, als gebildet aus Elementen des Eigenthums, die, so lange jene Rechte bestehen, von dem Eigenthum abgesondert und gegen dasselbe selbstständig geworden sind.[b] Darum eben sind jene Rechte Beschränkungen des Eigenthums, Beschränkungen des Eigenthümers als Eigenthümers dieser Sache, sei es, daß er etwas dulden muß, was er als Eigenthümer außerdem verhindern könnte, oder daß er etwas nicht thun darf, was er als Eigenthümer sonst zu thun berechtigt wäre. Daraus folgt nun aber, oder es ist damit eigentlich selbst schon gesagt, daß diese Rechte nur an einer fremden Sache möglich sind. Dieß liegt in ihrem Charakter als Beschränkungen des Eigenthums, aber auch darin, daß sie aus Eigenthumselementen bestehen, die, sofern sie dem Eigenthümer zukommen, ungesonderte Bestandtheile seines Eigenthums sind, besondere Rechte also nur bilden können, wenn ein Anderer als der Eigenthümer ihr Subject ist. Man nennt daher diese Rechte iura in re (sc. aliena), ein Ausdruck, den wir als einen technischen brauchen, während die Römer dafür des allgemeinen Worts iura, und der näheren Bestimmung: ius in ea re (ius in corpore) mehr beschreibend, denn als eines festen Namens sich bedienen.[c] Vier solche iura in re kommen im römischen Recht vor: Servitut, Superficies, Emphyteusis (Recht am ager vectigalis), Pfandrecht.

---

b) Man muß sich vor dem Mißverständniß hüten, als enthalte diese „Absonderung" nothwendig in sich, daß dem Eigenthümer die Handlung oder der Gebrauch der Sache, wozu ein solches Recht befugt macht, schlechterdings versagt sei; dieß liegt in jenem Begriff. Es ist denn auch nur so weit der Fall, als die Theilnahme des Eigenthümers den Umfang des Rechts beeinträchtigen würde. Enthält z. B. das Recht den vollen Fruchtbezug, so kann der Eigenthümer allerdings keine Früchte von der Sache ziehen, dagegen verhindert das Recht zu gehen den Eigenthümer nicht, auch über sein Grundstück zu gehen, nur natürlich salvo iure itineris des Andern, ferner das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers schließt nicht den Verkauf der Sache durch den Eigenthümer aus, nur geschieht er nicht anders als salvo iure pignoris.

c) L. 2 D. de usufr. (7, 1), L. 30 D. de nox. act. (9, 4), L. 71 §. 5 D. de leg. 1 (30), L. 13 §. 1, L. 19 pr. D. de damno inf. (39, 2.) — Manche unserer Juristen brauchen das Wort iura in re für alle Rechte an Sachen, also für Eigenthum und iura in re aliena; zweckmäßiger, und in der That auch dem Ausdruck angemessener wird es auf die letzteren eingeschränkt, also stets dabei das Wort aliena hinzugedacht. Falsch ist der Ausdruck iura in *rem* für die Rechte an Sachen gebildet.

Sie bilden also mit dem Eigenthum fünf Arten der Rechte an Sachen, oder dinglichen Rechte.[d])

Ich habe die Jura in re gegenüber dem Eigenthum als partielle Unterwerfung der Sache bestimmt. Auch der Eigenthümer kann seiner Sache eine bloß partielle Bestimmung geben, die keineswegs die volle Kraft der Sache erschöpft, aber seine Macht ist doch eine totale, hier aber geht die Macht des Berechtigten nicht über eine gewisse Anwendung der Sache hinaus, auf die sie sich beschränkt. Bei den meisten ist es die Benutzung, und diese wieder mehr oder weniger eingeschränkt, welche den Inhalt des Rechts ausmacht, so bei der Servitut, der Superficies, der Emphyteusis, mit dem Unterschied, daß bei der ersten die Benutzung auf ein bestimmtes Subject bezogen ist (eine Person oder ein Grundstück), über das sie nicht hinausgeht, bei den letzteren dagegen diese Beschränkung wegfällt (daher sie veräußerliche und vererbliche Rechte sind). Eines von jenen Rechten, das Pfandrecht, hat einen ganz andern Inhalt, es soll einen Gläubiger sichern, indem es ihm die Befugniß giebt, die Sache zu verkaufen und sich aus dem Kaufpreis zu befriedigen; diese Anwendung der Sache, also ihr Verkaufswerth ist es, worüber der Berechtigte Macht erhält.

Es ist oben bemerkt worden, daß die Beschränkung, die das Eigenthum durch solche Jura in re erleidet, zugleich eine erhaltende Kraft für dasselbe hat, insofern die partielle Veräußerung, die in

---

d) Für den Ausdruck: Dingliche Rechte giebt es eine doppelte Bedeutung, in der man ihn brauchen kann. Erstens für alle Rechte, die nicht in einer Forderung gegen eine bestimmte verpflichtete Person bestehen, und aus denen daher keine bloße in personam actio entspringt, also für alle Rechte außer den Obligationen; hier will man mit jenem Ausdruck nur dieß anzeigen, daß aus dem Recht eine in rem actio (dingliche Klage) entspringt, bei welcher der Beklagte nicht schon von dem Dasein des Rechts an bestimmt ist (§. 165 a. A.) Zweitens für die Rechte an Sachen, wie dieß oben geschehen ist. Eine dieser Bedeutungen muß man wählen, und die Wahl kann eigentlich nicht schwer sein, da kein Bedürfniß vorhanden ist, für die Zusammenfassung aller der verschiedenen Rechte außer den Obligationen einen technischen Ausdruck zu haben, und dieser überdieß von der Beschaffenheit ist, daß er Nebenvorstellungen erweckt, die bei manchen jener Rechte (z. B. dem ehelichen Recht, dem Recht der Persönlichkeit) deren Charakter widerstreben. Das Unzulässigste aber ist ein Hin- und Herschwanken zwischen beiden Ausdrücken, welches Viele unserer Juristen verleitet hat, die Zahl der Rechte an Sachen zu vermehren, und z. B. auch das Erbrecht als ein Recht an einer Sache zu bestimmen, eine der größten Verkehrtheiten, deren Vertheidigung schlimmer ist als ihre Erfindung.

ihrer Bestellung liegt, die totale ersetzt, welcher der Eigenthümer sonst vielleicht nicht entgangen wäre. So ersetzen sie umgekehrt dem Berechtigten das Eigenthum, indem seinen besondern Zwecken diese partielle Macht vollkommen genügen kann. Ihrem Inhalt nach am nächsten dem Eigenthum stehen Superficies und Emphyteusis, die also am ausgedehntesten die Eigenschaft eines Surrogats für dasselbe, nämlich für das Grundeigenthum haben (wie in dem ältesten Recht die Possessio am Ager publicus). Zunächst kommt das Pfandrecht; dem Gläubiger wird der Werth seiner Forderung in einer Sache angewiesen, es ist nicht seine Absicht, jetzt schon in dieser Sache bezahlt zu werden, aber wenn die Zeit kommt, öffnet sich ihm eine Disposition über die Totalität der Sache, indem er sie verkauft und das Eigenthum an den Käufer überträgt, um sich aus dem Preis bezahlt zu machen. Am weitesten ist der Unterschied, der sie vom Eigenthum trennt, bei den Servituten, sowohl im Vergleich mit dem Pfandrecht, indem sie nicht, wie dieses es kann, zum Verlust des Eigenthums führen, als auch im Vergleich mit Superficies und Emphyteusis (mit denen sie diese Verschiedenheit von dem Pfandrecht gemein haben), indem die Benutzung, die sie aus dem Eigenthum an sich ziehen, entweder dem Umfang oder der Dauer nach von geringerem Belang ist, als bei jenen Rechten. Diese größere oder geringere Annäherung der Iura in re an das Eigenthum hat denn auch in den Klagen, die dafür bestimmt sind, ihren Wiederschein gefunden. Wie nämlich beim Eigenthum die Sache selbst (res corporalis) vindicirt wird, so auch bei Superficies, Emphyteusis, Pfandrecht, es ist eine actio in rem corporalem (vgl. §. 222), nämlich die Eigenthumsklage selbst, die dem Berechtigten utiliter gegeben wird, wodurch sich diese Verhältnisse also in Beziehung auf den Schutz ganz eng an das Eigenthum anschließen.[e]) Anders bei den Ser-

e) Dieser Umstand hat von Alters her auf die Vorstellungen unserer Juristen einen großen Einfluß geübt. Schon im Mittelalter ist die Meinung entstanden, Superficies und Emphyteusis seien nichts als besondere Arten des Eigenthums (ein dominium utile mit der utilis vindicatio, wie das Eigenthum ein directum dominium mit der directa in rem actio). Nachdem diese Vorstellung aufgehört hatte, die gewöhnliche zu sein, kam sie in einer andern Gestalt wieder zum Vorschein bei Duroi, Bemerk. über actio in rem und a. in p., ius in re und oblig., Archiv für civ. Pr. (1823) VI. 14. 18, der aber so weit geht, alle iura in re zu läugnen, und sie sämmtlich nur für Fälle eines

vituten, die in rem actio, mit welcher diese geltend gemacht werden, ist eine von der Eigenthumsklage ganz verschiedene, sie ist eine actio in rem incorporalem, eine Vindication der Servitut (§. 222).

über seine ursprüngliche Sphäre ausgedehnten Eigenthums zu halten. Endlich hat Büchel, civilr. Erörterungen [1834] III S. 24. 56) für Superficies und Emphyteusis zwar die Eigenschaft von iura in re in Anspruch genommen, aber mit der (auch von der Klage hergenommenen) Bestimmung, daß sie in der bloßen, freilich vollständigen Ausübung fremden Eigenthums beständen.

Fünftes Kapitel.

Von der Superficies und Emphyteuse.

CCXLIV. Wenn jemand ein Grundstück gemiethet oder gepachtet hat, so entsteht regelmäßig aus diesem Vertrag nur eine Obligatio zwischen dem Locator und Conductor, der letzte hat nur eine Forderung und persönliche Klage gegen den ersten, daß ihm dieser den verheißenen Gebrauch gewähre, ein Recht an der Sache steht ihm nicht zu, und damit auch kein Rechtsmittel gegen einen Dritten, der nicht in obligatorischem Nexus mit ihm steht. Ueber diese Gestalt der Sache ist das Jus civile nicht hinausgegangen, das prätorische Recht dagegen behandelt in gewissen Fällen den Miether oder Pächter anders, es betrachtet sein Recht als ein dingliches, und giebt ihm ein Rechtsmittel gegen jeden Verletzer, sei dieser der aus dem Contract Verpflichtete, oder nicht.

Einer dieser Fälle ist die Miethe eines Gebäudes oder eines einzelnen Stockwerks desselben auf immer oder auf sehr lange Zeit, oder auch ein Kauf, bei dem das Recht der Käufers auf das Gebäude ohne den Grund (auf die superficies) beschränkt wird, so daß das Eigenthum an dem solum, und damit also auch an dem Gebäude (da dieses von dem Eigenthum am Boden nicht gesondert werden kann) nicht auf den Käufer übergehen soll; eine dritte Gestalt des Vertrags ist, daß jemanden dadurch verstattet wird, auf fremdem Grund ein Gebäude zu errichten, das ihm gehören soll, aber freilich nicht zu Eigenthum, da er nicht Eigenthümer des Bodens werden soll. Der Miethzins, welcher für den Boden entrichtet wird, und gegen den es dem Berechtigten verstattet ist, eine Superficies darauf zu

haben, heißt solarium.[a]) Unter solchen Umständen schützt der Prätor den Berechtigten in dem Besitz der Superficies durch das interdictum de superficie, welches dem interdictum uti possidetis nachgebildet ist (§. 230), ja auch durch eine utilis in rem actio, analog der Eigenthumsklage.[b]) Er behält sich eine causae cognitio vor, da er nicht gemeint ist, jeden Miether auf diese Weise als juristischen Besitzer und dinglich Berechtigten zu behandeln,[c]) dieser Vorbehalt liegt bei dem Interdict in dem Zusatz ex lege locationis, in Beziehung auf die in rem actio ist er namentlich ausgedrückt (Note b).

Eine besondere Veranlassung zur Entstehung dieses Rechts braucht nicht gesucht zu werden, es lag in der Sitte des Volks, sich und den Seinigen auf jene Art, wenn man nicht im Stande war, Eigenthümer eines Hauses zu werden, eine feste Wohnung zu verschaffen. Aber dieses Verhältniß hatte man zugleich von der ältesten Zeit her vor Augen, um es nachher unter andern Umständen nachzuahmen. Wir haben gesehen, daß es in Rom wahrscheinlich eine Zeit gab, wo der Staat Subject alles Grundeigenthums war, die Einzelnen nur den Besitz hatten, und dieß galt ursprünglich auch von dem Territorium, auf dem die Stadt angelegt war. Wird jemanden gestattet, auf einem locus publicus ein Gebäude anzulegen, so erhält er das Recht der Superficies,[d]) und darauf gieng auch die Einräu-

---

a) L. 15 D. qui pot. (20, 4), L. 16 §. 2, L. 17 D. de pign. act. (13, 7), L. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ. (43, 8.)

b) Dig. XLIII. 18: de superficiebus. (Die Stelle des Edicts lautet so: uti ex lege locationis sive conductionis (venditionis?) superficie, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero fruimini, quo minus ita fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo. Vgl. L. 3 §. 7 D. uti poss. (43, 17), L. 16 §. 2 D. de pign. act. (13, 7), L. 73—75 D. de R. V. (6, 1.) (L. 3 §. 3 D. de O. N. N. (39, 1.), L. 9 §. 4. 13 §. 1. 8, 18 §. 4. 19, L. 39 §. 2 D. de damno infecto (39, 2.) Degenkolb, Platzrecht und Miethe, Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie 1867 S. 1—124. Wächter, das Superficiar oder Platzrecht, in den Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig I. (1868) Heft 1. R.)

c) L. 1 §. 3 D. de superfic.: Quod ait praetor — causa cognita — sic intelligendum est, ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.

d) L. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ. (43, 8.)

mung des Aventinus für die Plebs zu Wohnsitzen durch die lex icilia de Aventino im Jahr 298 d. St.[e])

Der Superficiarius hat volle Macht über das Gebäude als superficies, soweit sie nicht durch das Rechtsgeschäft, wodurch er das Recht erhalten hat, eingeschränkt ist. Sein Recht ist zwar nur ein ius in re, denn es gehört ihm nicht das Grundstück überhaupt, sondern bloß die Superficies, aber es ist ein ius in re, vermöge dessen ihm die Superficies, soweit sie für sich betrachtet wird, vollständig unterworfen ist. Es ist auch nicht auf seine Person beschränkt, er kann es veräußern und es geht auf seine Erben über,[f]) der Prätor anerkennt Pfandrechte und Servituten, die er an der Superficies bestellt,[g]) Rechte, die nicht von der Fortdauer des Rechts des Bestellers abhängen, die also der Wechsel des Berechtigten nicht aufhebt, wohl aber der Untergang des Rechts der Superficies selbst vernichtet.[h]) Die Verbindlichkeiten des Superficiars gegenüber dem Eigenthümer bestimmt das Rechtsgeschäft, durch welches das Recht entstanden ist.

Daß der Prätor als Voraussetzung der in rem actio außer dem Rechtsgeschäft, welches er seiner causae cognitio unterwirft, auch

---

e) Dionys. X. 31. 32. Niebuhr, röm. Gesch. II S. 339 f. Dionysius erzählt, es hätten sich auch Mehrere zusammengethan, um ein Haus gemeinschaftlich zu bauen, das sie dann nach Stockwerken unter sich getheilt hätten. Daß über diesen Punkt Nachrichten existirten, ist nicht wohl denkbar; Dionysius erklärt sich damit nur in seiner Weise eine Erscheinung, die sich ihm in Rom, namentlich in jener Gegend häufig darbot, wie sie noch jetzt in Rom, nach Niebuhr's Zeugniß, eine häufige, und auch in einigen Gegenden Deutschlands keine seltene ist. (Andere Beispiele geben die tabernae [argentariae u. s. w.] am Forum, L. 32 D. de contrah. empt. [18, 1.], Liv. 26, 27. Festus v. Plebeius [p. 230 Müller], ferner Huschke, über Varro de R. R. I. 2 §. 9 [1835] S. 53—57 und die Urkunden über den Hausbau des Wächters der Antoninussäule, erläutert von Rudorff, Beitrag zur Geschichte der Superficies [Zeitschr. für gesch. R. W. XI. 7) und Mommsen, daselbst XV [1850] S. 335—341. Desgleichen das Decret der Decurionen von Puteoli, welches Degenkolb in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte IV, 3 (1865) S. 474—488 erläutert hat. Uebrigens blieb in Rom das superficiarische Recht auf Miethhäuser [insulae] beschränkt, bei domus haben Grund und Haus nur einen Herrn: Cic. ad Att. 4, 1. 2., L. 2 D. h. t., L. 91 §. 6 D. de legat. 3 [32.]. Analoge Verhältnisse kommen in den Provinzen vor: lex agr. V. 92. R.)

f) L. 1 §. 7 D. de superf. (43, 18), L. 11 D. fam. erc. (10, 2), L. 86 §. 4 D. de leg. I (30).

g) L. 1 §. 6. 9 D. de superf. (43, 18), L. 13 §. 3 D. de pignor. (20, 1.)

h) So daher, wenn das Recht an den Eigenthümer zurückkehrt, oder wenn das Gebäude völlig zerstört wird.

noch eine Tradition des Superficies von dem Eigenthümer an den Miether oder Käufer gefordert habe, davon kommt keine Spur vor. Nur wenn der Superficiar des Beweises, daß sein Besteller Eigenthümer war, überhoben sein, also von der Publiciana Gebrauch machen will, wird eine Tradition vorausgesetzt.[i] Dagegen wird man die Tradition bei der Veräußerung eines schon bestehenden superficiarischen Rechts wie beim Eigenthum angewendet haben.[k] In dieser Richtung (zur Ergänzung einer solchen Alienation) ließe sich auch eine Ersitzung denken, einer ursprünglichen Entstehung des Rechts auf diesem Weg widerspricht sein Zusammenhang mit einem obligatorischen Nexus zwischen dem Eigenthümer und dem Superficiarius.[l])

CCXLV. Der zweite Fall eines aus obligatorischen Verhältnissen hervorgegangenen ius in re findet sich bei den agri vectigales, denen später die Emphyteusen sich anschließen.

Agri vectigales heißen überhaupt Grundstücke, die einer Abgabe an den Staat oder an eine öffentliche Corporation unterworfen sind.[a]) Dem Vectigal ist vor allem unterworfen der ager publicus

---

i) L. 12 §. 2. 3 D. de publ. act. (6, 2.)

k) Vgl. L. 1 §. 7 D. de superfic. (43, 18.)

l) Ulpian L. 26 D. de usurp. (41, 3): nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest (vgl. L. 25 eod.) spricht von der Usucapion des Eigenthums (Savigny, Recht des Bes. §. 22 S. 303 Not. und nach ihm Büchel, Erörterungen I. 3 S. 68). Von eigentlicher Usucapion des Rechts der Superficies konnte ohnehin nicht die Rede sein, noch weniger als bei Servituten, da jenes Recht nicht dem Jus civile angehört. Im justinianischen Recht ist statt Usucapion ein auf die longi temporis possessio bezüglicher Ausdruck gebraucht, und obgleich auch hier der Sinn der Stelle zunächst auf das Eigenthum geht, so wäre sie doch sehr leicht einer Mißdeutung ausgesetzt gewesen, wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Ersitzung des Rechts der Superficies daneben hätte zugestehen wollen.

a) Diese Angabe heißt vectigal, denn so wird überhaupt jede genannt, die von einem bestimmten, derselben unterworfenen Gegenstand entrichtet werden muß, im Gegensatz zu einer der Person oder ihrem gesammten Vermögen auferlegten, wohin das tributum, stipendium, aes equestre, aes hordiarium gehört, Festus: Vectigal aes appellatur, quod *praeter* (pt, so ist entschieden mit Huschke, Verf. des Servius S. 371 statt ob zu lesen) tributum et equestre et *hordiarium* (mit Walter und Müller statt ordinarium) populo debetur. cf. Müller ad h. l — also alles außer den genannten heißt vectigal. So wird daher z. B. auch die vicesima hereditatum, die Abgabe von Auctionen rc. bezeichnet. Die mit vectigal bezeichneten Abgaben sind es, die an Publicani verpachtet zu werden pflegten.

populi romani, sofern er im Genuß Einzelner steht, obwohl erst allmählich der Staat von diesem Recht einen umfassenden Gebrauch machte.[b]) Dieß geschah, als die Staatsbedürfnisse sich vermehrten, und zugleich die Eroberungen in großen von dem römischen Volk eingezogenen Landstrichen ein Mittel sie zu decken darboten. Soweit diese Ländereien nicht für die Dotation von Colonien in Anspruch genommen waren, wurden sie, namentlich die verödeten (und das waren sie in Folge des Kriegs größtentheils), solchen, die Lust dazu hatten und sie occupirten, einstweilen zum Besitz überlassen gegen einen Zehnten der Früchte (beim Ackerland, vom Baumland betrug die Abgabe ein Fünftel des Ertrags) neben dem Hutgeld (Note b).[c]) In den Provinzen kamen zu diesen agri vectigales noch solche ganz anderer Art. Dort nämlich wurden dem Vectigal nicht bloß die eigentlichen agri publici unterworfen, sondern auch die agri privati, so daß gewissermaßen der gesammte Provincialboden wie Staatseigenthum behandelt wurde (Bd. I §. 68). Von diesen agri vectigales, deren Besitzer Eigenthümer waren, soweit überall ein Eigenthum an Provincialgrundstücken angenommen wurde, ist hier nicht die Rede.[d])

Die Ueberlassung des ager publicus an Einzelne zum Genuß gegen ein Vectigal hatte eine Verpachtung dieser Abgabe an Publiciani zur Folge, die von fünf zu fünf Jahren geschah,[e]) zuweilen wurde aber auch beides verbunden, indem ein ganzer Distrikt (auf hundert Jahre) einem Manceps[f]) überlassen wurde, der ihn sodann parcellirte und im Einzelnen weiter verpachtete. Ein solcher Manceps

b) Die scriptura, die Abgabe für die Benutzung der öffentlichen Weiden (pascua), war lange Zeit das einzige Vectigal, und daher wurden noch später alle Besitzungen, von denen der Staat eine Abgabe bezog, in den censorischen Büchern unter der Rubrik pascua aufgeführt, Plin. hist. nat. XVIII. 3, vgl. Festus v. scripturarius ager.

c) Appian. bell. civ. I. 7. Sic. Flaccus p. 136, 20—137, 4 Lachm.

d) Von ihnen spricht Hygin. p. 204, 16.

e) Diese Verpachtung des Vectigal ist also nicht zu verwechseln mit der Verpachtung des ager, man konnte sie in einem gewissen Sinn auch als Verpachtung der agri vectigales bezeichnen, und dann lag die Verwechselung sehr nahe.

f) Paul. ex Festo: Manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata significat se auctorem emtionis esse, qui idem praes dicitur, quia tam debet praestare populo, quod promisit, quam is, qui pro eo praes factus est.

hatte dann die doppelte Qualität eines Pächters des ager vectigalis und des Vectigal selbst, und ein ähnliches Verhältniß trat ein, wenn ein solcher District einer städtischen Commune, an deren Territorium er gränzte, gegen die Entrichtung einer fixirten Abgabe an den Staat aus der Stadtcasse überlassen wurde. Aber auch ohne Abgabe geschahen solche Abtretungen an die Gemeinden.[g]) So kamen agri vectigales in den Besitz der Städte, der sich nach und nach in Eigenthum verwandelte. Die Ländereien der städtischen Communen waren theils agri vectigales theils agri non vegtigales, städtisches Eigenthum, das nicht aus dem ager publicus populi romani gekommen war. Jenen wurde die Bestimmung, in dem fortwährenden Genuß Einzelner zu stehen, gelassen, sie wurden auf immer verpachtet, nur unter der Bedingung exacter Entrichtung der Abgabe an die Commune, bei diesen war Zeitpacht üblicher.[h]) Auch bei dem Grundbesitz der sacerdotes und virgines vestales kommen agri vectigales vor, die gewöhnlich auf fünf Jahre, zuweilen auch auf ein Jahr verpachtet wurden.[i])

---

g) Hygin. p. 116, 5 sq. Sic. Flacc. p. 163, 5 Lachm. (Richtiger ist es, den Manceps in der ersten Stelle bloß als Zehentpachter zu nehmen und unter dem Unterpachter die Zehntpflichtigen [proximi quique possessores] zu verstehen. Zusatz der 7. Ausgabe: Dagegen bemerkt jedoch Degenkolb, Platzrecht S. 238, 1) daß Hygin außerhalb der Verpachtung keiner Nutzungsabgabe gedenkt, 2) daß die Verpachtung an die angränzenden Besitzer erfolgt, was sich nur für die Landpacht ohne Weiteres erklärt, 3) daß die Fruchtbarkeit der Aecker (Hygin. 116, 24) auf die Verpachtung der Abgabe keinen Einfluß hat. Er bezieht daher die Verpachtung auf die Landpacht und liest: ‚qui superfuerant agri vectigalibus subiecti sunt: *locantur enim* alii per annos alli vero mancipibus ementibus id est conducentibus in annos *quinos* (Arcerianus B *vinos*) pluresve. Finito illo tempore iterum veneunt locanturque ita ut vectigalibus est consuetudo.‘ In diesem Vorschlage ist mir nur *locantur enim* anstößig, denn 1) ist es entbehrlich sobald man vor finito die Interpunction wegläßt, 2) stört es den Zusammenhang. Hygin unterscheidet a) Erbpacht an die Nachbarn (vectigalibus subiecti sunt) unkündbar so lange das vectigal bezahlt wird, b) Jahrespacht (alii per annos — veneunt locanturque) c) Lustralpacht an Societäten (alii vero — consuetudo.) Aehnlich Siculus 162, 24 und Hygin selbst 117, 9. Die Bemerkungen Degenkolbs gegen die Zehntverpachtung an Unterpächter scheinen mir begründet. R.)

h) So entstand der Sprachgebrauch, agri vectigales und non vectigales nach dieser Verpachtungsweise zu unterscheiden. Paul. L. 1 pr. D. si ager vectigalis (6, 3): Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non vectigales. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur — —. Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus.

i) Hygin. p. 117, 5—11.

Den Pächtern öffentlicher Grundstücke und damit auch der agri vectigales gab der Prätor ein Interdict zum Schutz gegen jede widerrechtliche Störung,[k]) es geschah im öffentlichen Interesse selbst, das bei der Sicherheit der Pächter nur gewinnen konnte.[l]) Ja bei den agri vectigales gieng er noch weiter, indem er dem Pächter eine utilis in rem actio verlieh gegen jeden Besitzer, auch gegen den Verpächter selbst, doch setzt sie in dem letzten Fall voraus, daß der Kläger nicht die Entrichtung des Vectigal versäumt hat,[m]) und auch diese Klage ist nicht auf den Fall beschränkt, wo die Verpachtung auf immer geschehen ist.[n]) Das Recht des Pächters ist daher von dem Prätor als ein ius in re anerkannt (§. 243 Note c), und zwar als ein veräußerliches und vererbliches; überdem wird einem solchen Pachter der juristische Besitz der Sache selbst (nicht bloß ein Quasibesitz) zuerkannt, und damit das Recht des Fruchterwerbs im Augenblick der Separation (§. 242).[o]) Im Fall einer Verpachtung auf immer stellt sich das Recht des Pächters äußerlich dem Eigenthum so ähnlich dar (zwar nicht dem rechten römischen, denn dieses vertrug sich nicht mit der Auflage eines Vectigal, aber dem an dem ager privatus in den Provinzen, welches ja auch dem Vectigal unterworfen war, und bei dem die Bezeichnung ager vectigalis ebenfalls vorkam), daß die Frage entstehen konnte, ob der Contract nicht als ein Verkauf, d. h. das Recht des Besitzers nicht als Eigenthum zu betrachten sei.[p])

---

k) Lex agr. c. 42. v. 85—89, lex iulia municipalis (tab. heracl.) lin. 73—76. Dig. XLIII. 9: de loco publico fruendo. Vgl. §. 227 Note c. (d. R.)

l) L. 1 §. 1 eod.: Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est, tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id fruendum conduxit.

m) L. 1 §. 1, L. 2 D. si ager vectig. (6, 3.)

n) L. 3 D. eod. Die Klage heißt auch actio vectigalis, L. 15 §. 26 D. de damno inf. (39, 2.)

o) L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1.) Auch in Beziehung auf die Befreiung von processualischen Satisdationen wird der Besitzer eines ager vectigalis einem Grundeigenthümer gleich behandelt, L. 15 §. 1 D. qui satisd. cog. (2, 8.)

p) Gai. III. 145. Gaius entscheidet dagegen, eben so Paulus, L. 1 §. 1 D. si ager vect. (6, 3): — quamvis non efficiantur domini — Ulpian, L. 71 §. 5. 6 D. de leg. 1 (30): — si — fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius, quod in vectigalibus fundis habemus und Andere. Wie sehr übrigens in der Vorstellung des Volks der

In den kaiserlichen Gesetzen seit Constantin kommen die agri vectigales nicht mehr vor, dieß gilt aber nur von dem Wort, denn die Sache: die Verpachtung von Grundstücken der Städte, der religiösen Corporationen zu jenem Recht hat fortgedauert, eine gleiche Verpachtung ist bei fiscalischen und kaiserlichen Grundstücken hinzugekommen.q) Der Zins des Pächters heißt zum Theil noch vectigal,r) gewöhnlich aber canon oder pensio. In Beziehung auf die kaiserlichen Güter, die auf diese Weise ausgethan sind, werden unterschieden fundi emphyteuticarii (oder iuris emphyteutici), fundi patrimoniales (oder patrimonialis iuris), fundi rei privatae.s) Sie unterscheiden sich zum Theil in Beziehung auf die Administration, der sie unterworfen sind, zum Theil durch gewisse Vorrechte (Frei-

---

Gedanke eines Rechts an einer fremden Sache zurücktrat, zeigt sich in einer Erzählung des Plinius epist. VII. (18): er habe 500000 Sesterze seiner Vaterstadt zu einer Alimentenstiftung verheißen gehabt. Statt das Geld zu geben, um es gegen 30000 jährliche Zinsen ausleihen zu lassen, habe er der Stadt ein Landgut von weit höherem Werth geschenkt, und dieses dann mit Auflage eines Vectigal von 30000 Sesterzen zurückgenommen. Dieses Vectigal sei dem wirklichen Werth des Guts gegenüber so gering, daß das Gut stets einen Eigenthümer finden werde, und die Revenue der Stadt für immer gesichert sei. Freilich habe er, Plinius, nun eigentlich mehr als den Nominalbetrag der Pollicitation gegeben, da er für sein Gut, wenn er es verkaufe, doch nicht den reinen Ueberschuß seines Werths über die 500000 S. erhalten werde, dagegen sei nun aber seine Absicht sicher erreicht. — Er denkt nicht daran, daß das Gut aufgehört hat, ihm eigenthümlich anzugehören, er sieht sich und seinen etwaigen Successor noch immer als „dominus" an, nur daß sein „Eigenthum" durch die darauf gelegte Abgabe auch über den Betrag ihrer Capitalsumme hinaus um der necessitas vectigalis willen an Werth gemindert sei. (Der Verzicht des Eigenthümers auf die Kündigung, so lange das Vectigal gezahlt wird, verwandelt das Besitzrecht [habere, possidere, frui, defendere] des Possessor factisch in ein erbliches Eigenthum [heredium], und wirkt also ungefähr wie der Verzicht des Staats auf Einlösung der verpfändeten trientabula: lex agr. v. 31, 32. Liv. XXXI. 13. R.)

q) Cod. Theod. X. 3: de locatione fundorum iuris emphyteutici et rei publicae et templorum —. Cod. Theod. V. 13. 14 (durch Peyron hinzugekommen), Cod. Iust. XI. 61: de fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus. XI. 70: de locatione praediorum civilium vel fiscalium sive templorum sive rei privatae vel dominicae.

r) L. 15 C. Th. 5, 13. Das Wort ist indessen mehr eine Bezeichnung der Abgaben überhaupt, als ein besonderer Ausdruck für jenen Pachtzins, L. 14 17 eod.

s) Vgl. Iac. Gothofred. ad Cod. Theod. X. 3 paratitl. Aus den neuentdeckten Constitutionen sind noch zu vergleichen L. 17. 19. 20. 21. 31 C. Th. 5, 13.

heit von gewissen Lasten), die ihnen anhängen.[t]) Bei den beiden letzteren kommt eine Verpachtung auf Zeit und auf immer vor, im letzten Fall heißen sie fundi perpetuarii, und perpetuarii heißen auch die Besitzer.[u]) Die praedia emphiteuticaria sind stets zu einem ius perpetuarium gegen einen Canon verliehen, wahrscheinlich waren es ursprünglich öde Ländereien, die auf diese Art nutzbar gemacht und der Cultur überliefert werden sollten (wie dieß auch bei den agri vectigales der Fall gewesen war, Note c), und die davon den Namen erhalten hatten, der zuerst in einer Stelle Ulpian's vorkommt.[v]) Nachher aber wurde das Recht eines jeden Erbpächters oder Perpetuarius ius emphyteuticum genannt, von welcher Art das Gut sein mochte, auch bei fundi patrimoniales, ferner bei den städtischen Gütern,[w]) den kirchlichen, ja sogar auch bei Privatgütern, deren Eigenthümer sie auf diese Weise ansthaten. So wird namentlich in der justinianischen Gesetzgebung durch ius emphyteuticum ohne Rücksicht auf die sonstige Beschaffenheit der Güter ein besonderes Rechtsverhältniß bezeichnet, auf welches die Rechtssätze von dem früheren Recht am ager vectigalis angewendet werden.[x])

---

t) L. 9. 10 C. de fund. patrim. (11, 61), L. 1. 3. 9. 12. 20 C. Th. de extrao. mun. (11, 16.)

u) L. 20 C. Th. eod., L. 33 C. Th. 5, 13, L. 1 C. I. de loc. praed. civ. (11, 70.) Fundi patrimoniales können besessen werden privato iure salvo canone (dieß ist eben das ius perpetuarium), L. 9. 10 de fund. patrim. (11, 61), L. 30. 34 C. Th. 5, 13, oder ademto canone zu Eigenthum), L. 14 C. de fund. patrim. L. 19 C. Th. 5, 13.

v) L. 3 §. 4 D. de rebus eor. (27, 9.) Diocletian L. 13 C. de praed. minor. (5, 71) stellt vectigale, patrimoniale und emphyteuticum praedium abgesondert neben einander.

w) L. 33 C. Th. 5, 13: Ius emphyteuticum, quo iuris patrimonialis vel reipublicae praedia possessoribus sunt adiudicata perpetuariis — L. 39 eod.: possessores vel emphyteuticarii patrimoniales.

x) Cod. IV. 66: de iure emphyteutico. §. 3 I. de locat. (3, 24.) Dig. VI. 3: si ager vectigalis (id est, emphyteuticarius) petatur. Die Parenthese ist ein Zusatz der Compitatoren zu der übrigens aus den Juristen genommenen Rubrik. (Wenn sie nicht vielmehr ein nothwendiger Zusatz war, nicht um die Vindication des ager vectigalis von der Vindication der emphyteusis zu unterscheiden — denn zwischen Beiden bestand nur ein Wortunterschied — sondern um die actio vectigalis für die Emphyteuse der Vindication der agri stipendiarii und tributarii entgegenzusetzen, welche ebenfalls vectigalis genannt wurden. Auf diese Erklärung führen die Erörterungen der Commentatoren zu der betreffenden Stelle des Edicts, Ulp. lib. 17 ad edictum, L. 17 D. de verb. sign. [50, 16.] R.)

Das frühere Bedenken beim ager vectigalis, ob der Besitzer nicht als Eigenthümer zu betrachten sei (Note p), entstand auch für die Emphyteusis. Zeno entschied es dahin, daß das emphyteutische Recht weder als ein bloßer Pacht, noch als eine Alienation behandelt werden dürfe, sondern als ein drittes, d. h. weder als ein bloß persönliches Recht, noch als Eigenthum, sondern als ein ius in re.[y] Zugleich verwies er wegen der Einzelheiten des Rechtsverhältnisses auf die Verträge zwischen dem Eigenthümer und dem Berechtigten (emphyteuticarius oder emphyteuta), die aber, wenn etwas von der Regel abweichendes dadurch festgesetzt werden soll, schriftlich errichtet werden müssen.[z]

Die Hauptverbindlichkeit des Emphyteuta besteht in der Entrichtung des jährlichen Canon an den Eigenthümer, und der öffentlichen Abgaben, wenn das Gut solchen unterworfen ist. Versäumt er diese Pflichten drei Jahre lang, so hat der Eigenthümer das Privationsrecht, er kann jenen, wenn er will, seines Rechts entsetzen, ohne daß der Emphyteuta seine Verbesserungen des Guts (ἐμπονήματα) ersetzt verlangen kann.[aa] Die Veräußerung seines Rechts ist dem Emphyteuta gestattet, nur unbeschadet jener Ansprüche des Eigenthümers, daher kann er die Emphyteuse nicht einseitig derelinquiren,[bb] wohl aber so veräußern, daß ein Anderer in seine Verbindlichkeiten eintritt.[cc] Geschieht es gegen einen Preis, den er regelmäßig nur zu erwarten hat, wenn das Gut während des emphyteutischen Rechts verbessert worden ist, so muß er dem Eigenthümer Anzeige davon machen, der das Recht hat, statt des Käufers um denselben Preis einzutreten. Macht der Eigenthümer von diesem Vorkaufsrecht innerhalb zwei Monaten keinen Gebrauch, so ist er verpflichtet, den neuen Emphyteuta anzunehmen und darüber einen öffentlichen Act

---

y) L. 1 C. de iure emphyt. (4, 66.)

z) Der Kaiser entscheidet für den Fall, daß die Verträge nichts darüber enthalten, auch gleich die Frage, wer einen das Gut treffenden Zufall trage: wenn nicht das Gut gänzlich zerstört wird, der Emphyteuta, so daß er seiner Verbindlichkeit dadurch nicht entledigt wird.

aa) L. 2 C. eod. Diese Entsetzung ist von der einfachen locatio et conductio herübergenommen, nur daß sie da schon nach zwei Jahren stattfindet, L. 54 §. 1, L. 56 D. locati (19, 2).

bb) L. 32 C. Th. 5, 13, L. 3 C. de fund. patrim. (11, 61.)

cc) L. 1 C. eod.

aufnehmen zu lassen, wofür er eine Gebühr ansetzen kann, die aber den funfzigsten Theil des Preises nicht übersteigen kann. Auch wegen Verletzung dieser Pflichten kann die Privation eintreten.[dd]

Bei diesen Bestimmungen darf nicht aus den Augen verloren werden, wie die Gesetzgeber als den gewöhnlichen Fall voraussetzen, daß der Canon mit Hinzurechnung der öffentlichen Abgaben eine Höhe erreicht, welche den Contract für den Emphyteuta so wenig, als für den Dominus als einen lucrativen erscheinen läßt; der Vortheil, den der Emphyteuta durch den Erwerb des Rechts erhält, ist ordentlicher Weise kein anderer als der einer Gelegenheit der Arbeit, die ihm den Gewinn erst verschaffen muß. Darum wird der Verkauf der Emphyteuse von seiner Seite als ein Verkauf der Meliorationen dargestellt,[ee] für das Gut in dem Zustand, wie es zur Zeit der Bestimmung des Canon war, wird er keinen Käufer finden. Anders pflegte sich die Sache bei kirchlichen Emphyteusen zu verhalten, die Kirchenobern machten von dem Umstand, daß die Kirchengüter von manchen öffentlichen Lasten frei waren, gewöhnlich nicht den Gebrauch, den Canon um so höher anzusetzen, auch mögen sie überhaupt billiger und weniger finanziell bei ihren Contracten verfahren haben, so daß schon der Besitz einer kirchlichen Emphyteuse als ein reiner Vortheil gelten konnte, was er sonst gewöhnlich nicht war. Daraus erklärt sich die besondere Pflicht, die dem kirchlichen Emphyteuta auferlegt wird, das Grundstück in gutem Stand zu erhalten, so daß er wegen Deteriotation entsetzt werden kann; auch soll hier die Privation schon dann eintreten können, wenn es nur zwei Jahre mit dem Canon im Rückstand geblieben ist.[ff]

Der Emphyteuta hat dieselben Rechtsmittel, wie der Pächter des ager vectigalis. Bei der in rem actio, die ihm aus seinem Recht zusteht, hat er diesen Grund der Klage, sofern er ihm verneint wird, zu beweisen, und zwar liegt darin zweierlei: 1) daß die Sache dem emphyteutischen Recht unterworfen, 2) daß er das Subject

---

dd) L. 3 C. de iure emphyt. (4, 66.) Jene Gebühr hat im Mittelalter den Namen laudemium erhalten.

ee) L. 3 C. de iure emphyt. (4, 66.)

ff) Nov. 7 c. 3 §. 2. Nov. 120 c. 8. Bei den Kirchen entstand auch ein emphyteutisches Recht, welches nicht auf immer, sondern auf Zeit gegeben wurde.

dieses Rechts sei. Das erste wird bewiesen durch das Rechtsgeschäft, wodurch die Emphyteuse, und zwar vom Eigenthümer, bestellt worden, das zweite (wenn der Kläger nicht der erste Erwerber ist) durch den Rechtsgrund, durch den sie von dem früheren Emphyteuta auf ihn übergegangen ist. Ist er durch Tradition bona fide in den Besitz gekommen, so hat er die publiciana actio, wobei also das emphyteutische Recht seines Vorgängers, und eben so das Eigenthum des Bestellers der Emphyteuse nicht bewiesen zu werden braucht,[gg]) und mit welcher der Kläger gegen den, der weder Eigenthümer ist, noch sein Recht an der Sache von dem Eigenthümer erhalten hat, zum Ziel kommt. Es fragt sich nun, ob nicht auch hier das Institut der Ersitzung, um eine mangelhafte Erwerbung zu ergänzen und den Beweis zu erleichtern, eingeführt sei.[hh]) Die Gesetze schweigen fast gänzlich darüber; dieß deutet an, daß die Frage unpraktisch war, und so ist es auch. Bei dem oben bemerkten Verhältniß des Werths der Emphyteusen zu den darauf ruhenden Abgaben war es für die Eigenthümer regelmäßig nicht von Interesse, einen Besitzer, der diese ordentlich abführte, zu vertreiben,[ii]) die Frage konnte nur entstehen, wenn der Besitzer den Werth des Guts durch Meliorationen erhöht hatte, aber diese mußte ihm, wenn er nicht in mala fide war, der Eigenthümer ersetzen, der also auch hier keinen Gewinn von der Vertreibung des Besitzers hatte, wenn die Justiz gegen ihn gehörig verwaltet wurde. Ja für den Hauptfall solcher Meliorationen, wenn es nämlich ödes Land gewesen war, das jemand als Emphyteuta in Besitz genommen und cultivirt hatte, war ausgesprochen, daß ihn schon die Cultur zum Emphyteuta machen sollte,[kk]) und dadurch die Ersitzung unnöthig gemacht. Doch fand sich Anastasius bei Gelegenheit seines Gesetzes über die Klagverjährung (§. 208 Note w) veranlaßt, zu verordnen, daß der Besitzer eines kaiserlichen, kirchlichen und städtischen Guts, auch eines emphyteutischen, durch einen ununterbrochenen Besitz von vierzig

gg) L. 12 §. 2 D. de publ. act. (6, 2.)

hh) Unter unsern Juristen ist dieß sehr bestritten, vgl. Unterholzner, Verjährungslehre II S. 249 ff.

ii) Für ein Recht, bei dem man sich veranlaßt fand, die Dereliction zu verbieten (Note bb), konnte das Institut der Ersitzung unmöglich einen praktischen Werth haben.

kk) L. 30 C. Th. 5, 13, L. 7 C. de omni agro deserto (11, 58.)

Jahren mit Entrichtung des Canon sicher sein sollte gegen die Vindication des Eigenthümers, ja daß ihm das fragliche Recht an dem Gut (also auch das emphyteutische) dadurch erworben sei.[ll]) Diese Sicherung soll der Besitzer ohne Zweifel auch gegen die Ansprüche eines Andern haben, der sich selbst das emphyteutische Recht zuschreibt, ja wir müssen annehmen, daß wie der in rem actio die praescriptio longi temporis entgegen steht, so auch der utilis in rem actio des Emphyteuta, ein iustum initium des Besitzes vorausgesetzt.

ll) L. 14 C. de fundis patrim. (11, 61.) Auch die Freiheit vom Canon kann auf diese Weise erworben werden.

Sechstes Kapitel.

Von dem Pfandrecht.*)

Allgemeine Natur des Pfandrechts.

CCXLVI. Das Eigenthum giebt uns durch seine Veräußerlichkeit das Mittel, unser Bedürfniß anderer Gegenstände zu befriedigen, indem wir unsere Sachen gegen diese umtauschen. Noch ein anderer Weg aber ist gegeben, zu jenem Zweck zu gelangen, ohne unsere Sachen, die wir vielleicht nicht entbehren können, aufzugeben, er besteht darin, daß wir die uns nöthigen Gegenstände auf Credit nehmen. Auch diesen Weg öffnet das Eigenthum, indem es uns durch die Sicherheit, die es dem Creditgeber verleiht, Credit finden läßt. Betrachten wir die Sache umgekehrt von Seiten des Creditgebers, so ist kein Recht so leicht einer Verletzung ausgesetzt, als eine Forderung, deren Realisirung auf der Willfährigkeit und dem Leistungsvermögen einer Person, des Schuldners, beruht, bei keinem Recht ist daher eine Sicherung so wichtig, als bei diesem. Viel wird dabei von der Einrichtung einer schnellen und strengen richterlichen Hülfe gegen den säumigen, Ausflüchte suchenden, ja wohl gar abläugnenden Schuldner abhängen, und wir werden bei den Obligationen sehen, wie die Römer, namentlich durch die gerichtliche Behandlung der stricti iuris obligationes dafür gesorgt haben, wie denn auch schon im Proceß ihre strenge Executionsordnung gegen den verur-

*) [Die neuste und vorzüglichste Erörterung dieses Gegenstandes ist von H. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen Römischen Rechts. 1860. 1864. R.]

theilten Schuldner vorgekommen ist. Aber das, wovon zuletzt doch alles abhängt, ist, daß der Schuldner den geschuldeten Werth in seinem Vermögen habe.[a]) Sein Eigenthum also ist es, welches den Gläubiger sicher stellt, soll nun diese Sicherung eine bestimmte Rechtsform annehmen, so kann dieß nur dadurch geschehen, daß man dem Gläubiger den von ihm creditirten und ihm geschuldeten Werth in einem Gut ausweist, aus dem er denselben (durch Verwerthung) zu erholen berechtigt wird, wenn der Schuldner ihn nicht befriedigt. Der Act, wodurch dieß geschieht, heißt Verpfändung, obligatio rei oder pignoris,[b]) die Sache haftet dem Gläubiger für seine Forderung, sie ist sein Pfand, pignus, das Recht, das der Gläubiger durch die Verpfändung erhält, ist das Pfandrecht.[c])

Den allgemeinen Inhalt des Pfandrechts beweisen wir so: es wird dem Gläubiger ein Gut angewiesen, durch dessen Verwerthung er seine Befriedigung, wenn sie nicht von dem Schuldner erfolgt,

---

a) Darauf reduciren sich am Ende auch die anderen Sicherungsmittel für eine Forderung, so die Sicherung durch Bürgschaft und sonstige Intercession anderer Personen für den Schuldner, denn abgesehen davon, daß hier neben den einen doch nur wieder ein anderer Credit tritt, bei dem dieselbe Frage wieder entsteht, wird ein Schuldner ohne (gegenwärtiges oder zu erwartendes) Vermögen auch keinen Bürgen finden, wenn wir den außer aller Berechnung liegenden Fall einer schenkungsweisen Verbürgung wegdenken. (Die Bürgschaft ist älter als das Pfand (L. 7 D. de stip. praet. (46, 5), L. 3 §. 1 D. si cui plus (35, 3) L. 14 §. 1 D. de pec. const. (13, 5) cum utilitas pignorum irrepserit), sie enthält ein Nachbarzeugniß über Solvenz und Tüchtigkeit des Hauptschuldners, welches der Bürge durch das eigene Vertrauen bekräftigt und setzt daher primitive Corporationsverbände voraus, mit deren Lösung der Schuldner auf das eigene Vermögen reducirt wird, vgl. Dernburg, Pfandrecht I S. 3—5. R.)

b) In ähnlicher Weise hatte das althochdeutsche Wetti, Verpflichtung, auch die specielle Bedeutung von Pfand; Grimm, deutsche Rechtsalterth. S. 601. 618. (Der Ausdruck obligatio rei hat in der Lehre vom Pfandrecht zu großer Verwirrung Anlaß gegeben, während das Pfandrecht den Uebergang aus der Obligatio in das dingliche Recht, also aus dem Personalcredit in den Realcredit voraussetzt, hat man umgekehrt in demselben die Uebertragung der Obligation von der Person auf die Sache, also die leblose Natur zu finden geglaubt. In der That bezeichnet obligatio rei nur den Gegensatz der alienatio im engern Sinn, die Eingabe oder den Versatz bis nach getilgter Schuld, also auf Rückgabe oder bis zu jenem Endtermin im Gegensatz der definitiven Entäußerung, welche der Verkauf enthält, den man aber durch die Verpfändung zu vermeiden sucht. R.)

c) Das Wort pignus wird von den römischen Juristen je nach Bedürfniß für Pfandrecht, Pfand und Verpfändung gebraucht, Bedeutungen, die nicht selten der Natur der Sache nach in der Rede zusammenlaufen.

finden soll. Bei dem Pfandrecht sind zwei Seiten seiner Existenz ins Auge zu fassen: einmal, es steht in der engsten Beziehung zu einer Forderung, die dadurch gesichert werden soll, ohne diese ist ein Pfandrecht nicht zu denken, es ist eine Accession der Forderung, und der Pfandberechtigte muß zugleich der Gläubiger sein (daher er Pfandgläubiger genannt wird).[d] Auf der andern Seite aber ist das Pfandrecht doch ein besonderes Recht, es muß mehr darin liegen, als schon in der Forderung selbst liegt. Welches ist nun dieser besondere Inhalt des Pfandrechts?

Hier ist es für die erste Entstehung und Gestaltung des Pfandrechts wesentlich, auf das älteste Executionsrecht zurückzugehen (§. 179). Die bloße Forderung gab dem Gläubiger ursprünglich nicht das Recht, seine Befriedigung unmittelbar aus dem Vermögen des Schuldners zu suchen, er hatte nur das Zwangsmittel der persönlichen Execution in der Hand, seine Befriedigung hieng von dem Willen des Schuldners ab, der denn freilich der Regel nach nicht unterließ, die Schuldknechtschaft durch Bezahlung seiner Schuld, wenn er Eigenthum hatte, zu vermeiden, in dessen Willen aber dieses doch gestellt war, und der, wenn er hartnäckig war oder etwa auf Kosten seiner Freiheit den Seinigen seine Güter erhalten wollte, nicht direct zur Befriedigung gezwungen werden konnte. Damals war also schon dieß ein besonderer Inhalt des Pfandrechts, daß der Gläubiger dadurch das Recht erhielt, in einem Gut des Schuldners unmittelbar seine Befriedigung zu suchen.

Dieß veränderte sich, als der Prätor Rutilius eine Vermögensexecution eingeführt hatte (§. 179). Von da konnte die Befugniß, aus Gütern des Schuldners sich zu befriedigen, nicht mehr den besondern Inhalt des Pfandrechts bilden, da sie schon in der Forderung selbst lag; das Pfandrecht mußte noch eine besondere Bedeutung und Kraft haben, um als ein besonderes Recht denkbar zu sein, und diese hatte es denn auch.

Die Vortheile, die das Pfandrecht dem Gläubiger gewährt oder gewähren kann, und die der Pfandgläubiger vor dem bloßen (chiro-

d) Dagegen ist es nicht wesentlich, daß der Verpfänder zugleich der Schuldner sei, auch für eine fremde Schuld kann man verpfänden; nur ist natürlich jenes der gewöhnliche Fall, daher die Römer für den Verpfänder schlechtweg den Ausdruck debitor brauchen.

graphariſchen) Gläubiger voraus hat, ſind in der Hauptſache folgende:

1) Dem Gläubiger iſt dadurch ein leichterer und bequemerer Weg der Befriedigung geöffnet, als durch das allgemeine Recht auf die rutiliſche missio in bona; es bedarf dazu nicht der Mitwirkung der Obrigkeit, und durch beſondere Verabredung kann ihm der Weg der Befriedigung noch mehr, als dieß ſchon dem Recht nach der Fall iſt, geebnet werden; iſt er nicht im Beſitz des Pfands, ſo ſind ihm beſondere, von der Schuldklage unabhängige Rechtsmittel gegeben, um ſich denſelben zu verſchaffen. Noch viel bedeutender aber ſind folgende Vortheile.

2) Die Trennung des verpfändeten Guts aus dem Vermögen des Schuldners iſt entweder unmöglich oder wenigſtens für den Gläubiger unſchädlich gemacht, und dadurch dieſem ein Befriedigungsobject geſichert, auf das er vermöge jener allgemeinen, ſchon in der Forderung liegenden Befugniß, an die Güter ſich zu halten, vielleicht keinen Anſpruch gehabt hätte, wenn es nämlich zur Zeit der Miſſio ſchon aus dem Vermögen des Schuldners herausgegangen war.[e])

3) Der Pfandgläubiger, während er als bloßer Gläubiger mit andern in der Befriedigung aus den Gütern des Schuldners concurriren würde, ſchließt ſie von dem Gegenſtand ſeines Pfandrechts aus, bis er vollſtändig befriedigt iſt.[f])

Die Intention des Rechtsinſtituts, von dem wir reden, iſt alſo zuerſt, dem Gläubiger ein Object zu geben, in deſſen Vermögenswerth er ein Mittel der Befriedigung ohne Zuthun des Schuldners findet,

e) Zwar gegen eine bösliche Veräußerung ſchützte der Prätor die Gläubiger durch ein interdictum und eine actio (pauliana), Dig. XLII. 8: quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur, eine Reſciſſion ſolcher Veräußerungen, die ſchon zur Zeit des Cicero galt (Cic. ad Att. I. 1), und die vielleicht ſchon von dem Prätor Rutilius herrührt. Aber die Vorausſetzungen jener Klagen ſind von der Art, daß ſie nur unter beſonderen Umſtänden eine Sicherung gewähren, die dem Pfandrecht überall innewohnt.

f) Als ein Nebenvortheil des Pfandrechtsinſtituts könnte noch betrachtet werden, daß dem Gläubiger dadurch ein Befriedigungsobject außerhalb des Vermögens ſeines Schuldners (auf das er alſo als einfacher Gläubiger nie Anſpruch hätte) verſchafft werden kann, nämlich dadurch, daß ein Anderer ſeine Sache für den Schuldner verpfänden kann (Note d). Indeſſen iſt dieß nichts dem Pfandrecht irgendwie eigenes, daſſelbe wird ohne dieſes durch andere Formen der Interceſſio auf dem Weg einer bloßen Obligatio erreicht.

aus dem er also selbst sich befriedigen kann, und sodann, damit die Vortheile zu verbinden, deren so eben gedacht worden ist. Durch welche Rechtsformen können nun diese Absichten erreicht werden und sind sie von den Römern erreicht worden? welche Form kann das Recht des Gläubigers erhalten, um allen diesen Ansprüchen zu genügen, jenen ganzen Inhalt in sich aufzunehmen? In Beziehung auf den ersten Punkt ist nöthig, daß in dem Recht die Fähigkeit des Verkaufs der Sache liege, und die Möglichkeit, sich ihren Besitz zu diesem Behuf zu verschaffen. Hinsichtlich des andern muß das Recht von der Beschaffenheit sein, daß dem Gläubiger dadurch das Befriedigungsobject gegenüber dem Verpfänder und Andern gesichert sei. Wir finden nun das Pfandrecht in drei Gestalten, welche diesen mehr oder weniger entsprechen: als Eigenthum, als Besitz und als ein Recht, welches keines von beiden ist, sondern ein drittes, ein ius in re. Diese drei Formen sind die Fiducia, das einfache Pignus, die Hypothek, von denen nun näher gehandelt werden soll.[g])

Die Fiducia.

CCXLVII. Gläubiger und Schuldner kommen überein, daß jener aus einem Gut des letzteren, wenn er die Zahlung nicht erhalten wird, sich soll befriedigen können; er soll die Befugniß haben, die Sache zu verkaufen, aber nur zu dem Zweck der Befriedigung, der Verpfänder kann das Pfand durch Zahlung lösen. Das ist die Verpfändung; sie ist auf ein Recht des Gläubigers, aber auf ein beschränktes gerichtet, auch dem Schuldner wird dadurch ein Recht gewährt, der seine Sache keineswegs noch definitiv aufgegeben hat. Diese Uebereinkunft hat aber nach altem Recht noch gar keine Wirkung, sie muß die Form eines civile negotium erhalten, um ein Rechtsverhältniß hervorzubringen. Das Rechtsgeschäft, welches sich dafür darbot, war die Mancipation oder In Iure Cessio des Gegenstands, mit der jene Uebereinkunft verbunden und dadurch rechtlich

g) In L. 9 §. 2 D. de pign. act. (13, 7): Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem, haben die Compilatoren offenbar etwas weggestrichen (nec possessio setzt zwei vorangegangene Fälle voraus); Ulpian nannte die Fiducia, wodurch das Eigenthum, das einfache Pignus, wodurch der Besitz, die Hypothek, wodurch weder das eine noch das andere auf den Gläubiger übergeht.

wirksam ward, wirksam für den Gläubiger, indem er so die Macht über den Gegenstand bekam, die ihn befähigte, ihn zu verkaufen, denn er gehörte ihm, wirksam für den Schuldner, indem dieser eine Klage auf Remancipation erhielt, wenn er den Gläubiger rechtzeitig befriedigte. Eine solche Verabredung der Remancipation (die nicht bloß unter diesen Umständen, sondern auch zu andern Zwecken möglich war) heißt fiducia, fiduciam contrahere;[a]) daher wird jene Verpfändung selbst fiducia, und eben so wird auch das Pfand genannt.[b]) Verpfändet werden konnten in dieser Form alle Gegenstände, die (ihre Verwerthbarkeit vorausgesetzt) mancipirt oder in iure cedirt werden konnten, namentlich nicht bloß Sachen, sondern auch Kinder durch den Vater, in dessen Gewalt sie stehen, und an denen der Gläubiger das Mancipium mit jener Uebereinkunft erwarb.[c])

Wahrscheinlich bot das älteste Recht gar keine andere Form dar, in der jene Uebereinkunft hätte rechtlich wirksam werden können, indessen auch abgesehen davon, — **denken wir uns in eine Zeit, wo das Freiheitsgefühl, welches sich gegen directen Eingriff in das Eigenthum des Schuldners auflehnte (§. 179), noch in seiner vollen Stärke, und, wenn man will, Einseitigkeit bestand, so lag es am nächsten, die Verpfändung und das durch sie dem Gläubiger gegebene Recht, sich direct an ein Gut des Schuldners zu halten, dadurch zu vermitteln, daß dieses Gut aus dem Eigenthum des Schuldners herausgieng und sofort in das Eigenthum des Gläubigers, nur auf widerrufliche Weise, kam. So war denn auch das Pfandrecht kein besonderes Recht, es war Eigenthum (oder Mancipium); daß der Gläubiger Macht hatte, die Sache zu verkaufen, war nicht das Besondere an dem Verhältniß, sondern daß er durch das Recht des Schuldners, die Sache zu lösen, beschränkt war. So erklärt sich, daß man die**

---

a) Gai. II. 60: Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res aput eum essent — III. 201: debitor quoque, qui fiduciam, quam creditori mancipaverit aut in iure cesserit, detinet — vgl. §. 239 bei Note ii.

b) Paul. sent. II. 13. Isidor. orig. 25, 23.

c) Liv. II. 24, vgl. v. Scheurl, vom Nexum S. 60. Schon zur Zeit der römischen Juristen aber war die Verpfändung der Kinder verboten, Paul. sent. V. 1, 1, L. 1 C. de patrib. qui fil. (4, 43), doch sah sich noch Justinian veranlaßt, der Uebertretung dieser Vorschrift durch Strafgesetze gegen die Gläubiger entgegen zu wirken, Nov. 134 c. 7.

Verpfändung nicht von der dem Gläubiger eingeräumten Gewalt (wie man erwarten sollte), sondern von der dem Schuldner vorbehaltenen Befugniß und der Verabredung, die sie gab, daß man sie fiducia nannte.

Aber auch für die Erreichung der sonstigen Intentionen des Pfandrechts war dieß ohne Zweifel der sicherste und einfachste Weg. Dem Gläubiger als Eigenthümer stand die Befriedigung aus der Sache schnell und bequem zur Hand, daß der Schuldner sie ihm entzog, war rechtlich nicht zu denken, denn der Verpfänder ist nicht mehr Eigenthümer,[d] an eine Collision mehrerer Pfandgläubiger an derselben ganzen Sache war nicht zu denken, weil nicht mehrere Eigenthümer in solidum sein können. War der Gläubiger nur des Eigenthums seines Verpfänders und des hinreichenden Werths der Sache versichert, was der Schuldner nachher mit der Sache hätte vornehmen wollen, konnte sein Recht nicht beeinträchtigen.[e] Die Inconvenienz, welche diese Verpfändung mit sich zu führen scheint, daß sie nämlich den Schuldner um den Genuß seiner Sache bringt, wurde dadurch vermieden, daß der Gläubiger ihm die Sache als Precarium,[f] oder pachtweise ꝛc. überlassen konnte,[g] was namentlich bei solchen Sachen zu geschehen pflegte, bei denen keine Gefahr war, daß der Schuldner sie bei Seite schaffen, also factisch dem Gläubiger entziehen möchte, denn rechtlich freilich waren sie dem Gläubiger immer theils durch die Vindication, theils durch die possessorischen Rechtsmittel garantirt.

---

d) Verkaufen kann der Verpfänder die Sache, wie man auch eine fremde Sache verkaufen kann, und er kann sie dem Käufer übertragen, wenn er sie (etwa mit dem empfangenen Kaufpreis) gelöst hat. Dem Gläubiger kann er sie nicht verkaufen, denn suae rei emtio non valet, Paul. sent. II. 13, 3, L. 12 pr. D. de distr. pign. (20, 5), L. 16 pr. D. de contr. emt. (18, 1.)

e) Darum blieb die Fiducia noch immer in Uebung, nachdem längst schon eine leichtere Verpfändung eingeführt war, sie konnte namentlich gegen die Privilegien sichern, wodurch die Hypotheken oft unsicher wurden. So finden wir sie noch in dem Catalog von Rechtsgeschäften aufgezählt, die Honorius 395 für gültig erklärt, wenn sie auch unter dem usurpatorischen Regiment des Eugenius vorgenommen worden seien, L. 9 C. Th. de infirm. his, quae sub tyrannis aut barbaris gesta sunt (15, 14). Im justinianischen Recht ist sie mit der Mancipation und In Jure Cessio, von der man sie nicht zu trennen vermochte, weggefallen.

f) Isidor. orig. V. 25, 17: precarium est, dum prece creditor rogatur permitti, debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.

g) Gai. II. 60.

Der Gläubiger hat das Recht, die Sache zu verkaufen, wenn die Zahlung oder sonstige Befriedigung nicht erfolgt,[h]) und dieses Recht kann ihm auch nicht durch eine entgegengesetzte Verabredung (ut fiduciam sibi vendere non liceat) entzogen werden.[i]) Solange der Verkauf noch nicht geschehen ist, hat der Schuldner die fiduciae actio, wenn er durch Zahlung das Pfand löst; durch den Verkauf wird die fiducia getilgt, nur auf den Ueberschuß des von dem Gläubiger erhaltenen Kaufpreises kann der Verpfänder noch die fiduciae actio anstellen.[k]) Ja auch ohne Verkauf kann diese Klage wegfallen, wenn nämlich die Verabredung getroffen ist, daß dem Gläubiger, wenn er in der gesetzten Zeit nicht befriedigt werden würde, das Pfand schlechthin um seine Forderung verfallen sein solle. Diese Verabredung heißt lex commissoria; so konnte das Pfandrecht einen doppelten Inhalt haben: das Recht des Verkaufs, das schon von selbst darin lag, und das des Verfalls, welches durch Vertrag hineingelegt werden konnte.[l]) Diese lex commissoria war sehr üblich; Constantin hat sie bei jeder Art der Verpfändung verboten und außer Wirkung gesetzt.[m])

---

h) Er kann möglicherweise auch durch gezogene Früchte von der verpfändeten Sache befriedigt werden, Paul. II. 23, 2, L. 1 C. de distr. pign. (8, 28.)

i) Paul. II. 13, 5, vgl. II. 5, 1, L. 4 D. de pign. act. (13, 7.) — Für den Verkauf sind dem Gläubiger gewisse zu beobachtende Formen vorgeschrieben, nämlich eine Aufkündigung, denuntiatio, an den Verpfänder, um diesem noch die Möglichkeit der Lösung des Pfandes zu geben, und zwar (wahrscheinlich nicht bloß im Fall des pactum de non distrahendo, wofür sie zunächst bezeugt ist) eine dreimalige (nach Analogie der dreimaligen Ausstellung eines addictus §. 179). Dann gieng dem Verkauf ein öffentlicher Anschlag desselben voraus, proscriptio (wie nachher bei der Vermögensexecution, L. 3 pr. C. de iure dom. imp. etc. (8, 34); der Name des Schuldners wurde dabei wohl nicht genannt

k) Paul. II. 13, 1.

l) Cic. pro Flacco 21. Fragm. vat. 9.

m) Cod. Th. III. 2: de commissoria rescindenda. Cod. Iust. VIII. 35, de pact. pign. et de lege comm. in pignoribus rescindenda. (Einen Schritt vorwärts in der Erkenntniß der Fiducia wie der Mancipation §. 238 p. gestattet die spanische Fiduciartafel, Degenkolb in der Zeitschr. für R.-G. IX (1870) S. 118, 119, Krüger, Krit. Vers. (1870) S. 42. 43. Dieses Formular ergiebt 1) daß die Mancipation fiduciae causa nur gegen einen Sesterz (nummo uno) erfolge, weil dem Pfandgläubiger gegen den Verpfänder kein Evictionsanspruch, sondern nur eine actio fiduciae contraria zusteht, arg. L. 32 D. de pign. act. 13, 7, 2) daß die lex fiduciae nur das Gelöbniß der (bona) fides und der Rückgabe nach getilgter Schuld (fiducia) enthielt, wogegen die Verkaufsclausel, eben weil sie die Rückgabe ausschloß, nicht in der lex fiduciae selbst

Das einfache Pignus.

CCXLVIII. Die Fiducia führt eine rechtliche Trennung des Pfands aus den Gütern des Schuldners mit sich; es giebt nun auch ein Pfandrecht, das mit einer bloß factischen verbunden ist, dieß ist das einfache pignus. Dieses Pignus kommt sehr früh als ein Zwangsmittel der Magistrate vor gegen Bürger, die öffentliche Pflichten verletzen oder sich ihnen entziehen (Bd. I §. 79), dieser pignoris capio auf Befehl der Magistrate durch ihre Diener schließt sich am nächsten die gewissen andern Personen gestattete an, die unter den legis actiones vorkommt (§. 162 a. E.). Jenes magistratische Recht der pignoris capio wurde auch als Executionsmittel für Decrete in Civilsachen (bei extraordinariae cognitiones) angewendet, zuletzt auch für Sentenzen der Richter, pignus in causa iudicati captum (§. 179.188). Das Gericht läßt durch seine Diener dem verurtheilten Schuldner so viel Sachen als nöthig abnehmen, verkauft sie nach Ablauf von zwei Monaten, und befriedigt daraus den Gläubiger, dem von dem Moment der Auspfändung ein Pfandrecht an den abgepfändeten Sachen zugeschrieben wird.[a]) Noch einen andern Fall des Pignus haben die prätorischen missiones in bona (in possessionem) mit sich geführt, wodurch der Magistrat jemanden zur Sicherung eines Anspruchs in den Besitz von Gütern eines Andern einweist. Der missus erhält die Detention der Güter mit der Befugniß, für ihre Erhaltung Sorge zu tragen.[b]) Der Prätor schützt ihn gegen jeden, der ihn verhindert, im Besitz zu sein, durch Interdict oder eine actio in factum auf eine Strafe, die dem Werth des die Missio begründenden Anspruchs gleichkommt.[c]) Diese missio wird mit dem Recht des Verkaufs gegeben, oder ohne dasselbe, jenes

---

enthalten ist, sondern durch ein pactum adiectum beigefügt werden mußte, 3) daß die Distraction des Pfandgläubigers ebenfalls höchstens durch Mancipation nummo uno zu geschehen brauchte, weil derselbe sich dem Käufer nicht für Eviction zu verpflichten braucht, folglich wenn er es gleichwohl freiwillig thut, keinen Regreßanspruch erheben soll. Darin liegt der Grund, weshalb über dieses Verhältniß zu einem Dritten gleichwohl zwischen dem Verpfänder und Pfandgläubiger eine autonomische Bestimmung getroffen wird, vgl. L. 22 §. 4 D. de pign. act. [13, 7]. R.)

a) Cod. VIII. 23: si in causa iudicati pignus captum sit.

b) Vgl. das von Cicero pro Quint. 27 mitgetheilte Edict, §. 179 Note cc.

c) Dig. XLIII. 4: ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.

ist der Fall, wenn sie gegen den verurtheilten oder pro damnato erachteten Schuldner verhängt wird. In jenem Fall liegt es sehr nahe, das Recht des Missus als ein Pfandrecht zu behandeln, dieß geschah denn auch, ja dasselbe wurde für alle Fälle der Missio behauptet,[d]) das Pfandrecht heißt praetorium pignus.

Ein solches einfaches Pignus (im Gegensatz gegen die fiducia) kann nun auch durch Vertrag entstehen. Die Verpfändung geschieht hier durch Uebergabe der Sache zu juristischem Besitz mit Verpflichtung des Gläubigers, sie zurückzugeben, wenn er befriedigt werden würde. Sie ist also der Fiducia ganz analog, nur ist sie kein feierliches Geschäft, der Gläubiger wird nicht Eigenthümer, sondern nur Besitzer, und seine Verpflichtung ist nicht jenes civilrechtliche Negotium, aus dem die fiduciae actio entspringt, sondern der contractus iuris gentium, der durch einfache Tradition (re, nicht mancipio) geschlossen wird, mit der actio pigneraticia. Dieses pignus (Faustpfand) ist gewiß jünger als die Fiducia, es setzt die Möglichkeit einer Verpflichtung durch einfache Uebergabe voraus, die sicher nicht von jeher bestand, überdieß läßt es sich nicht wohl ohne einen Schutz des Besitzes denken, auf dem hier die Sicherheit des Pfandgläubigers beruhte.[e]) Das Vorbild dafür gab die pignoris capio der Magistrate. Vielleicht hatte es auch allererst mehr die Intention einer Nöthigung des Schuldners zur Zahlung, um dadurch wieder zum Besitz seiner Sache zu gelangen, als eines directen Befriedigungsmittels, und ist nur allmählich der Fiducia in dieser Hinsicht gleichgestellt worden. Daraus erklärt sich, warum noch die classischen Juristen ein gewisses Gewicht darauf legen, ob die Parteien ausdrücklich übereingekommen sind, daß der Gläubiger solle verkaufen dürfen, obwohl sie schon, wenigstens die späteren, dieses Recht ihm auch ohnedieß zugestehen.[f])

---

d) Ulpian. L. 26 D. de pign. act. (13, 7.) Dieß bestätigt Justinian, L. 2 C. de praetorio pignore (8, 22), und überträgt überdieß auf dieses Pfandrecht die hypothecaria in rem actio.

e) (Die älteste urkundliche Erwähnung kommt im latinischen Bündniß 261 d. St. vor: Festus: nancitor in duodecim: nactus erit praenderit. item in foedere latino: pecuniam quis nancitor, habeto, et: si quid pignoris nanciscitur [lies nancitor], sibi habeto. Rudorff, über die Pfandklagen, Zeitschr. für gesch. R. W. XIII S. 192. Huschke, Recht des Nexum, S. 204 Note 322. R.)

f) Ulpian. L. 4 D. de pign. act. (13, 7.) Paul. II. 5, 1: Creditor si

Immer war die Wirkung des einfachen Pignus (wir sprechen von der Zeit vor der Reform des Pfandrechts durch die Hypotheken, die auch auf das Pignus ihre Wirkung äußerte) weit unvollkommener, als die Fiducia. Der Gläubiger hat den Besitz, dieser konnte ihm durch Dispositionen des Schuldners nicht entzogen werden. Eine Veräußerung war für den Schuldner, solange der Gläubiger den Besitz hatte, wenigstens bei beweglichen Sachen unmöglich, bei unbeweglichen, die von dem Nichtbesitzer mancipirt werden können, war der Gläubiger nicht gesichert. Daß er auf irgend eine Art gegen die Vindication des Verpfänders geschützt wurde, ist schlechterdings anzunehmen (auch für die Zeit der Legis Actiones, wo es noch keine Exceptionen gab), gegen die Vindication des Singularsuccessors läßt sich dieß nicht behaupten. Auch hier war es nicht ungewöhnlich, die Sache dem Verpfänder als Precarium zu überlassen;[g]) solange sie bei diesem oder seinen Erben blieb, war der Gläubiger geschützt, er konnte sie sofort wegnehmen (da er gegen das interdictum de vi oder utrubi die exceptio precariae possessionis hatte,[h]) oder das interdictum de precario auf Wiedererlangung anstellen. Veräußerte dagegen der Verpfänder, so blieb jenem freilich sein Interdict gegen diesen, gegen den Käufer hatte er es nicht. Es war seine Aufgabe einer solchen Veräußerung durch Wachsamkeit zuvorzukommen. Wie war es nun mit dem Verkauf durch den Gläubiger, um sich aus dem Preis zu befriedigen? Setzen wir auch die ausdrückliche Verabredung de distrahendo pignore voraus, so ist damit die Schwierigkeit nicht gehoben, wie sie den Gläubiger (ich sage nicht befugt, sondern) fähig machen konnte, die Sache zu verkaufen und ins Vermögen des Käufers zu bringen. Die Erklärung jener Uebereinkunft als eines Mandats reicht nicht aus, denn damit wäre bei der Wider-

---

simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur. Vgl. Iavolenus, L. 73 D. de furt. (47, 2.)

g) Ulpian. L. 6 §. 4 D. de precar. (43, 26) sagt, es sei gefragt worden, ob ein solches Precarium gelte, da es ein praecarium rei suae sei. Er bejaht die Frage, indem er bemerkt, der Gegenstand dieses Precariums sei nicht die Sache selbst, sondern der Besitz, der allerdings dem Gläubiger zustehe. Die Beseitigung jenes Zweifels sei wichtig, weil er ein Geschäft betreffe, das täglich vorkomme. Ulpian will offenbar nur ein längst im Leben übliches Rechtsverhältniß gegen theoretische Bedenklichkeiten sichern.

h) Paul. V. 6. 7.

rufflichkeit des Auftrags die Veräußerung von dem Willen des Verpfänders abhängig gewesen.[i]) Die Sache stand so. Verkaufte der Gläubiger in Folge jener Uebereinkunft, so verletzte er kein Recht des Verpfänders, aber er übertrug auf den Käufer nichts als den Besitz und die conditio usucapiendi. Mit der Einführung der Publiciana wurde von selbst die Stellung des Käufers und damit auch die eines Faustpfandgläubigers verbessert, bis dieser zuletzt durch die Entstehung und Ausdehnung der Hypothek zu einem andern, vollkommneren Recht gelangte.[k])

Eine besondere Art des Pignus nennen die Römer ἀντίχρησις. Sie besteht darin, daß dem Gläubiger eine fruchtbringende Sache überliefert wird, mit dem Recht, statt der Zinsen sie zu benutzen. Die römischen Juristen behandeln diese Antichrese nach der Analogie eines Pignus, außerdem kann aber jene Verabredung auch bei jeder Verpfändung getroffen werden.[l])

Die Hypothek.

CCXLIX. Die Aufgabe der Verpfändung, dem Gläubiger ein Recht zu geben, welches ihn in den Stand setzt, aus dem Pfand durch Veräußerung seine Befriedigung sich zu verschaffen, und ihm dieses Befriedigungsobject zu sichern, wurde in der ältesten Verpfändungsform auf die allereinfachste Weise, die über die vorhandenen Rechtsformen nicht hinausgieng, erreicht. Der Gläubiger wurde Eigenthümer des Pfands. Daneben kam die Verpfändung durch bloße Tradition des Besitzes auf, wobei die Fähigkeit des Gläubigers zu veräußern im Grund nur eine factische war, indessen unterstützt durch

i) Etwas anderes ist, daß der aus eigenem Recht verkaufende hypothekarische Gläubiger wie ein Procurator beurtheilt wird, L. 29 D. fam. erc. (10, 2), denn diese Analogie soll ihn nicht erst fähig machen, zu verkaufen, sondern nur sein und des Schuldners Verhältniß zu dem Käufer bestimmen, die Fähigkeit liegt in seinem eigenen Recht, der Hypothek.

k) Diese Wendung der Sache hat Gains II. 64 schon vor sich, wenn er unter den Personen, welche veräußern können, den Pfandgläubiger aufführt mit der Bemerkung: sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur, ein haltungsloses Räsonnement, da es zur Begründung der Veräußerungsfähigkeit des Gläubigers für die ältere Zeit nicht hinreicht, für die neuere nicht nöthig ist.

l) L. 11 §. 1 D. de pignor. (20, 1), L. 1 §. 3 eod., L. 17 C. de usur. (4, 32.)

den Schutz, dessen jener factische Zustand theils als juristischer Besitz schlechtweg, theils als Usucapionsbesitz (das letzte beim Käufer) theilhaftig ward.

Die Verpfändung durch Fiducia war aber nicht bloß die einfachste und den ältesten Rechtszuständen angemessenste Lösung der Aufgabe, da sie kein neues Element ins Recht einführte, sondern die sofortige Trennung des Pfands von den Gütern des Schuldners, die sie involvirte, ließ auch das alte Rechtsprincip, das einen unmittelbaren Eingriff in das Vermögen des Schuldners verwarf, unangetastet. Das einfache Pignus enthielt, haben wir gesehen, eine Modification, aber nicht eine vollständige Abweichung von diesem Verfahren.

Das Princip indessen der Nichthaftung der Güter für die Schulden hörte auf zu bestehen, jeder Gläubiger war durch das rutilianische Edict in den Stand gesetzt, aus den Gütern seines Schuldners seine Befriedigung zu suchen. Die Ausscheidung des Pfands aus dem Vermögen des Schuldners (rechtliche oder factische) konnte nicht mehr für ein Erforderniß der Verpfändung gelten. Man konnte keinen Anstoß mehr an einer Verpfändung nehmen, die den Gläubiger weder zum Eigenthümer noch zum Besitzer machte; es kam nur darauf an, daß sich ein Bedürfniß ergab, über jene Pfandarten hinauszugehen. Ein solches machte sich in der That fühlbar.

Die Vorzüge der fiduciarischen Verpfändung sind oben angegeben worden, für den Gläubiger sind sie unläugbar, die Bedürfnisse des Creditnehmers sind wenig dadurch befriedigt. Sie unterlag noch manchen Beschränkungen, die zum Theil für beide, vornehmlich aber für den letzteren empfindlich sein konnten. Vor allem war sie auf manche Gegenstände, die in den späteren Zeiten der freien Republik einen Hauptbestandtheil des Vermögens vieler Personen bildeten, unanwendbar, so bei Provincialgrundstücken; eben so fiel sie bei manchen Personen weg, Peregrinen konnten in dieser Form weder verpfänden, noch ein Pfandrecht erhalten. Eine Aushülfe gewährte das einfache pignus, aber dieses gab dem Gläubiger eine geringere, unter Umständen nur eine sehr prekäre Sicherheit; überdem war auch dieses in Beziehung auf seine Gegenstände beschränkt genug, es erstreckte sich nur auf Sachen. Ferner waren diese Verpfändungen mit Uebertragung des Eigenthums oder Besitzes mehr auf Schulden berechnet, deren baldige Tilgung beabsichtigt war, sie mußten unan-

gemessen erscheinen, wo eine längere Benutzung des Capitals durch den Schuldner in der Intention der Parteien lag.[a]) Endlich unterlagen beide Verpfändungen noch einer zweifachen Beschränkung, wodurch der Schuldner unnöthig beengt, ja dieses Sicherungsmittel unter Umständen unbrauchbar werden konnte. Einmal konnte nicht dieselbe ganze Sache Mehreren verpfändet werden, hatte jemand ein Grundstück für eine Schuld, die vielleicht nicht den zehnten Theil seines Werths erreichte, zum Pfand gegeben, so hatte es aufgehört, für ihn ein Creditmittel zu sein; die Möglichkeit der Verpfändung eines quoten Theils war nicht überall ein passendes Auskunftsmittel. Die zweite Unbequemlichkeit bestand darin, daß nur eine specielle Verpfändung einzelner Sachen möglich war, weder Eigenthum noch Besitz kann durch eine Erklärung, welche die Gegenstände nur collectiv bezeichnet, übertragen werden, noch weniger an Gegenständen, deren specielle Bezeichnung jetzt gar nicht einmal möglich wäre, da es erst von einem künftigen Umstand abhängt, welche unter den gebrauchten Gattungsbegriff fallen werden. Es ergaben sich aber Verhältnisse, in denen allein eine generelle Verpfändung genügen konnte. Denken wir uns, daß ein Pächter, der sein ganzes Vermögen zum Betrieb der Pachtung verwendet, für den Pachtzins Sicherheit stellen soll. Sein Inventarium war vielleicht am Anfang des Pachts sehr gering, es vermehrte sich erst mit der Dauer seines Geschäftsbetriebs; das Object aber des durch Fiducia oder Tradition bestellten Pfandrechts waren lediglich die am Anfang der Wirthschaft zusammengebrachten Sachen, und von diesen selbst war vielleicht zu der Zeit, wo das Pfandrecht endlich zur Geltendmachung kam, in Folge der natürlichen Abnutzung wenig mehr vorhanden. Wir werden sehen, daß gerade für diesen Fall die neue Verpfändungsweise, die nun näher betrachtet werden soll, zuerst eingeführt wurde.

In jeder Verpfändung liegt die Uebereinkunft, daß der verpfändete Gegenstand dem Gläubiger für die Forderung haften, und (wenigstens wenn das Pfandrecht seinen vollen Inhalt hat) von ihm soll verkauft werden können, im Fall er nicht befriedigt wird. Nach altem Recht erhielt die Uebereinkunft eine Wirkung erst durch das Hinzukommen der Eigenthums- oder Besitzübertragung. Die Hypo-

---

a) So erklärt sich die lucrativa usucapio, die dem Schuldner gestattet ward, Gai. II. 60, s. §. 239 bei Note ii.

thek, diese neue Verpfändungsart, von der jetzt die Rede ist, besteht nun darin, daß schon jene Uebereinkunft für sich (conventio de pignore) hinreichen soll, dem Gläubiger das Pfandrecht zu geben.[b]) Sein Recht ist also weder Eigenthum noch Besitz; wie war es zu bestimmen, um dem Gläubiger die Befugnisse und Vortheile zu gewähren, auf die es bei der Verpfändung abgesehen ist?

Das Pfandrecht soll dem Gläubiger vor allem die Möglichkeit des Verkaufs geben. Diese verschafft ihm die Fiducia durch das Eigenthum, Eigenthümer aber soll er bei der Hypothek nicht werden; am nächsten lag, ein ius in re aliena anzunehmen, in das jener Inhalt gelegt, und das dadurch zum Pfandrecht gemacht wurde. Das Recht des Verkaufs ist ein Bestandtheil des Eigenthums, und es war gerade um dieses Bestandtheils willen, daß dem Gläubiger bei der fiduciarischen Verpfändung das Eigenthum übertragen wurde; das Mittel ging hier insofern, d. h. wenn wir nur diesen Zweck des Verkaufsrechts ins Auge fassen, über seinen Zweck hinaus. Es reichte für diesen hin, dem Gläubiger nur diesen besonderen Bestandtheil des Eigenthums zu übertragen, und dieß geschah, wenn man ihm ein ius in re mit diesem Inhalt constituirte, so wie man schon nach bisherigem Recht, um jemanden z. B. den ususfructus zu verschaffen, nicht nöthig hatte, ihm das Eigenthum mit Fiducia (der Verpflichtung finito usufructu zu remancipiren) zu geben, sondern ihm diesen Bestandtheil des Eigenthums für sich als ius in re (ius ususfructus) geben konnte. Die Eigenschaft des Pfandrechts als ius in re ist auf ganz natürliche Weise aus der fiducia hervorgegangen.[c])

b) L. 1 D. de pign. act. (13, 7), L. 4 D. de pignoribus et hypothecis (20, 1): Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae —. L. 44 §. 5 D. de usurp. (41, 3.)

c) Die römischen Juristen stellen das Pfandrecht mit andern iura in re zusammen, L. 30 D. de noxal. act. (9, 4): si domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius. L. 19 pr. D. de damno inf. (39, 2): sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius. Es versteht sich von selbst, daß bei der Bestimmung des Pfandrechts als ius in re eine Sache als sein Gegenstand vorausgesetzt wird. Dieser Fall ist bei der Hypothek nicht der einzige, aber er ist stets der Normalfall geblieben. — In der neusten Zeit haben manche Juristen geglaubt, der Umstand, daß die Verpfändung eine obligatio rei

Der weiteren Aufgabe, dem Pfandgläubiger das Befriedigungsobject zu sichern, theils gegen Dispositionen des Verpfänders, theils gegen die Ansprüche anderer Gläubiger auf Befriedigung aus den Gütern des Schuldners, genügt ebenfalls das ius in re. Zwar ist die Sache nicht gänzlich aus dem Vermögen des Schuldners herausgenommen, also der Dispositionsbefugniß desselben und den Gütern, aus denen die Gläubiger mittelst der Missio ihre Befriedigung suchen, nicht absolut entzogen, wie bei der fiduciarischen Verpfändung. Aber das Recht des Verkaufs zum Behuf der Befriedigung, das dem Gläubiger als ius in re eingeräumt ist, kann ihm weder

---

heiße, daß sie eine Haftung der Sache für eine Forderung constituire, stehe in Widerspruch mit der Eigenschaft des Pfandrechts als ius in re, d. h. also, ein ius in re könne jenen Inhalt nicht haben (was auf einen irrthümlichen, einseitig nach den Personalservituten zugeschnittenen Begriff der iura in re hinausläuft), oder sie haben wenigstens behauptet, das römische Recht behandle es nicht als ius in re. Die Argumente für diese Behauptung sind unglaublich schwach (eines der vornehmsten ist das Wort obligatio für die Verpfändung — ganz so, wie die Glossatoren meinten, weil longi temporis praescriptio eine pr. x vel xx annorum bedeutet, müsse auch longa consuetudo eine zehn- oder zwanzigjährige Gewohnheit sein), das positive Resultat indessen ist wo möglich noch bedenklicher. Einer dieser Juristen bestimmt das Pfandrecht als eine Forderung gegen die Sache, die hier der Schuldner sei, und nennt das ein „dingliches Forderungsrecht" (Büchel, über die Natur des Pfandrechts 1833, civilr. Erört. I. 2), ohne sich durch die darin liegende Corruption des Begriffs der Forderung, und die damit verbundene Erhebung der Sachen zu Personen irren zu lassen; ein zweiter (Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand. R. §. 299) fügt, um sicher zu gehen, diesem Begriff den älteren (Recht an der Sache) hinzu, unbekümmert über die Verträglichkeit dieser beiden Prädicate; ein dritter (Sintenis, Handb. des Pfandrechts (1836) nennt es ebenfalls ein dingliches Forderungsrecht, aber in der Art, daß jeder Besitzer des Pfands der Schuldner sei, diese Bestimmung hat den Vorzug vor jenen, eine juristisch mögliche zu sein (wie es denn im deutschen Recht solche Rechte giebt), aber sie ist eine unrömische; man darf sie übrigens als den ersten Schritt der Rückkehr zur richtigen Ansicht begrüßen, zu der sich ihr Urheber vielleicht entschließen wird, wenn er erwägt, daß der einfache Begriff: Recht an der Sache, vollkommen fähig ist, den Inhalt des Pfandrechts in sich aufzunehmen (bei den deutschen Reallasten ist es nicht so), und daß es daher (für die Römer und für uns) ganz unnöthig war, eine so künstliche Form für dasselbe zu erfinden. (Bachofen, das römische Pfandrecht, Bd. I [1847] anerkennt gar kein Pfandrecht, der rechtliche Gehalt desselben ist ihm die Pfandklage, mit welcher das Pfandrecht „stehen und fallen" soll. In der That haben schon die römischen Juristen von der formula hypothecaria aus die Hypothek construirt, dies hat sie aber nicht gehindert, auch dieser Klage einen Klaggrund zuzugestehen und diesen, obwohl die Klage in factum ist, in einem [prätorischen] ius in re zu finden. Vgl. Keller in Richter's Jahrbb. [1847] S. 961—1022. R.)

durch Dispositionen des Schuldners, noch durch die bonorum venditio von Seiten der Gläubiger entzogen werden.[d])

CCL. Die Entstehung der Hypothek bewirkte eine Reform des Pfandrechts, die nicht vollständiger gedacht werden kann. Seine Natur stellt sich hier in ihrer Reinheit dar, es ist ein eignes Recht geworden, das seine Wirkungen nicht von einem andern, mit dem es in Verbindung zu setzen wäre, entlehnt, der hypothekarische Gläubiger ist Pfandgläubiger, ohne Eigenthümer oder Besitzer zu sein. Im Einzelnen wird die Reform vornehmlich in Beziehung auf die Gegenstände, auf die Entstehung des Pfandrechts, auf die Möglichkeit einer mehrfachen Verpfändung sichtbar. Dieß wird sich aus der folgenden Darstellung ergeben.

1) Die augenscheinlichste Folge der neuen Verpfändungsweise war die Erweiterung des Kreises der pfandbaren Gegenstände. Da nun ein Pfandrecht ohne Ueberlieferung des Eigenthums oder Besitzes möglich war, so erstreckte sich dieses Sicherungsmittel von jetzt auf alles, was als Befriedigungsobject betrachtet, was verkauft werden kann: quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.[a]) Was die Sachen anlangt (die auch für die Hypothek der vornehmste Gegenstand sind), so brauchen sie nicht, wie bei der Fiducia, im quiritischen Eigenthum des Verpfänders zu sein, es ist genug, wenn er sie in bonis hat, wenn man sie zu einem Vermögen rechnen kann, und dafür gilt hier schon, daß er eine persönliche Klage hat, mit welcher er die Erwerbung der Sache fordern kann,[b]) und wenn er nur Usucapionsbesitzer war, so wird der Gläubiger gegen alle die geschützt, gegen welche sein Verpfänder mit der actio publiciana durchdringen würde.[c]) Ja auch eine fremde Sache kann verpfändet werden unter der Bedingung, daß der Verpfänder sie erwerben würde.[d]) Aber nicht bloß Sachen,

---

d) §. 243 Note a. L. 18 §. 2 D. de pign. act. (13, 7.)

a) L. 9 §. 1 D. de pignor. (20, 1.)

b) L. 6 C. si aliena res pignori data sit (8, 16), L. 1 pr. D. de pignor. (20, 1.)

c) L. 18 D. eod.

d) L. 15 §. 1, L. 16 §. 7 D. eod. Der Umstand allein, daß der Verpfänder hinterdrein Eigenthümer wird, oder der Eigenthümer des Verpfänders Erbe, giebt dem Gläubiger nicht schlechthin ein Pfandrecht, aber er wird aller-

sondern auch Rechte können hypothekarisch verpfändet werden, solche nämlich, die eine Veräußerung durch den Gläubiger, entweder ihrer selbst (wie Superficies und Emphyteusis), oder ihrer Ausübung (wie Usufructus, Forderung) zulassen.[e]) Die Natur des Pfandrechts an solchen Rechten richtet sich nach der Beschaffenheit dieser Rechte selbst, die Rechtsmittel des Gläubigers sind denen des Verpfänders, dem diese Rechte zustehen, analog.[f]) Die Verpfändung einer Forderung (nomen pignori datum) giebt dem Pfandgläubiger das Recht, die Klage der Verpfändung gegen den Schuldner desselben anzustellen, und wenn es eine Geldforderung ist, sich unmittelbar auf diesem Wege zu befriedigen, wenn sie einen andern Gegenstand hat, diesen als Pfand zu haben, — oder auch die Forderung selbst zu verkaufen, um sich aus dem Kaufpreis bezahlt zu machen,[g]) mit einem Wort, die Verpfändung wird als eine Cession der Forderung behandelt, sie macht den Pfändgläubiger zum Procurator des Verpfänders zu dem Behuf, seine Befriedigung in dieser Eigenschaft zu suchen.[h]) Ist das nomen mit einem Pfandrecht versehen, so kann nicht bloß die persönliche, sondern auch die hypothekarische Klage verpfändet werden, und in gleicher Weise kann die letztere für sich Gegenstand der Verpfändung sein, d. h. der Verpfänder kann seinem Gläubiger das Recht einräumen, seine Befriedigung durch

---

dings gegen alle die als Pfandgläubiger auftreten können, deren Einwand, daß die Verpfändung vom Nichteigenthümer geschehen sei, er als eine dolose Ausflucht zurückzuweisen vermag, wie z. B. wenn der Verpfänder selbst, der (und sofern er) ihm dafür haften muß, daß er zur Verpfändung berechtigt war, das Pfandrecht abläugnen wollte, weil er damals noch nicht Eigenthümer gewesen sei, L. 1 pr. 21 §. 1, L. 22 eod., L. 41 D. de pign. act. (13, 7.), L. 5 C. si aliena res p. (8, 16.)

e) (Unter den Servituten jedoch nur die persönlichen und rusticalen, nicht die Häuserservituten, L. 11 §. 2 — L. 12 pr. D. de pign. [20, 1.] Der Grund ist, weil nur dort Interdicte vorkommen, §. 230. R.)

f) L. 16 §. 2, L. 17 D. de pign. act. (13, 7.)

g) L. 18 pr. D. eod., L. 20 D. de pignor. (20, 1.), L. 4 C. quae res pignori obligari poss. (8, 17), L. 7 C. de hered. vel act. vend. (4, 39.)

h) Zu Ulpian's Zeit machte von dieser Möglichkeit eines Pignus Nominis auch schon für die pignoris capio zur Vollstreckung einer richterlichen Sentenz Gebrauch, so daß die Behörde die nomina pignoris iure capta entweder beitrieb oder verkaufte, doch wurde dieß nur in Beziehung auf eingestandene Forderungen, und in Ermangelung anderer Objecte zugelassen, L. 15 §. 8—10 D. de re iud. (42, 1.), Cod. IV. 15: quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores convenire possit vel debeat.

die jenem wegen einer Forderung zustehende hypothekarische Klage eben so zu suchen, wie der Verpfänder selbst es thun könnte, er cedirt ihm die Klage für diesen Fall. Dieß ist das pignus pignori datum, das man auch Afterpfand und Subpignus (nach der nicht passenden Analogie von Aftermiethe, sublocatio) genannt hat.[i]) Zu allen diesen Gegenständen, Sachen und Rechten, die der hypothekarischen Verpfändung fähig ist, kommen endlich auch noch die künftigen, die jetzt noch gar nicht existiren. Wenn künftige Erzeugnisse verpfändet werden, so besteht schon jetzt das Pfandrecht an der Hoffnung ihrer Entstehung, wenn nur die erzeugende Sache schon dem Verpfänder gehört (denn außerdem ist es eine bloße Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen, die ein Pfandrecht erst mit der Erwerbung bewirkt), ein Pfandrecht, das mit ihrer Entstehung, vorausgesetzt, daß sie ins Eigenthum des Verpfänders kommen, in eines an den Sachen selbst übergeht.[k])

2) Die Begründung des Pfandrechts durch bloße Uebereinkunft (§. 249 Note b) hat auf Entstehungsarten desselben geführt, an die man im älteren Recht nicht denken konnte. Was den hypothekarischen Vertrag selbst anlangt, so kann dieser nicht bloß über eine speciell bezeichnete Sache geschlossen werden (conventio specialiter facta, specialiter obligatum), sondern auch über Sachen, die nur durch eine Collectivbezeichnung angegeben werden, z. B. invecta et illata, bona mea (obligatio generalis, conventio generalis), so daß die unter das genannte Genus fallenden Sachen eben so wirksam dem Pfandrecht unterworfen sind, als wenn sie speciell aufge-

---

i) Cod. VIII. 24: si pignus pignori datum sit. L. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7), L. 13 §. 2 D. de pignor. (20, 1), L. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. (44, 3.) Weil in diesen Stellen der Ausdruck gebraucht wird: rem pignoratam pignori accipere u. ähnl., hat man das Recht des Afterpfandgläubigers für ein Pfandrecht an der Sache selbst wie das erste gehalten, von welchem Gesichtspunkt aus eine richtige Bestimmung seines Verhältnisses wenigstens mit Consequenz nicht möglich ist. Jener Ausdruck empfahl sich durch seine Kürze, und es ist nicht einmal zugegeben, daß er dieses Mißverständniß entschuldigt, denn näher betrachtet führt auch er zu dem obigen Resultat: es verpfändet jemand die ihm verpfändete Sache, d. h. sofern sie ihm verpfändet ist, mithin ihre Eigenschaft als Pfand, also das Pfandrecht an derselben, und seine Geltendmachung durch die actio hypothecaria.

k) L. 1 §. 2, L. 15 pr. D. de pignor. (20, 1), L. 11 §. 3 D. qui potior. (20, 4.)

führt wären.[l]) Was unter der generalis obligatio begriffen ist, das hängt, wenn ein Zweifel entsteht, von der Interpretation des Geschäfts ab; einige Punkte sind durch rechtliche Vorschrift entschieden. Die Verpfändung aller Güter soll von selbst auch die künftig zu erwerbenden begreifen,[m]) dagegen soll sie nicht von den Sachen verstanden werden, von denen anzunehmen ist, daß der Verpfänder sie ausgenommen haben würde, wenn er statt jener collectiven Bezeichnung alle speciell aufgezählt hätte, wie besonders werthgehaltene oder zum täglichen Gebrauch bestimmte Sachen.[n]) Bei der Verpfändung eines Kaufladens oder eines ähnlichen Geschäfts wird angenommen, daß sie nur auf die Waaren gerichtet ist, die zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts vorhanden sind; die Ausdehnung auf alle, die irgend einmal seit der Verpfändung Bestandtheile der Universitas waren, würde der Natur und Bestimmung jener widersprechen, der Kaufmann müßte sein Geschäft schließen, wenn er seine Waaren nur mit dem Onus des Pfandrechts verkaufen könnte, das ist aber nicht die Intention der Verpfändung, die ja jenes Geschäft zum Gegenstand hat, also es nicht kann vernichten wollen.[o]) Endlich ist es ein eigenthümlicher Unterschied zwischen specieller und genereller Verpfändung, daß die letztere, solange der Gläubiger nicht zur Geltendmachung seines Pfandrechts schreitet,

---

l) S. z. B. L. 1 pr. 6. 8. 15, §. 1 D. de pignor. (20, 1), L. 2. 11 §. 2 D. qui potior. (20, 4.) Justinian braucht die Ausdrücke specialis und generalis hypotheca in demselben Sinn (hypotheca für den Vertrag), L. 9 C. quae res pignori (8, 17), L. 11 C. de remiss. pign. (8, 26.) Daß er hier gerade die obligatio omnium bonorum, quae habet, quaeque habiturus est mit dem Namen generalis hypotheca bezeichnet, ist zufällig, die Verpfändung der invecta et illata ist nicht weniger generell, als die aller Güter. Die Verpfändung einer universitas rerum, z. B. einer Heerde, ist zugleich speciell und generell, jenes in Beziehung auf die universitas selbst, dieses in Beziehung auf die einzelnen dazu gehörigen Sachen. So ist es nicht bei einer Verpfändung des ganzen Vermögens, es giebt kein Pfandrecht an einem Vermögen als Ganzen, sondern nur an den zu demselben gehörenden Gegenständen, jener Ausdruck ist also nur als eine Collectivbezeichnung zu verstehen. — Die gewöhnliche Eintheilung des Pfandrechts in specielles und generelles hat entweder einen Sinn, der außer den Worten liegt, oder gar keinen, es giebt so wenig ein generelles Pfandrecht, als ein generelles Eigenthum.

m) L. 9 C. quae res pign. (8, 17.)

n) L. 6—9 D. de pignor. (20, 1.) Paul. V. 6, 16. L. 1 C. quae res pign. (8, 17.)

o) L. 34 pr. D. de pignor. (20, 1.)

die Manumission eines Sclaven, der zu dem genannten Genus gehört, nicht hindert.[p])

Die Hypothek griff ferner auch in den Kreis der älteren Verpfändungen hinein, auch in diesen ist die Uebereinkunft, welche nun für sich schon ein Pfandrecht begründet, enthalten, dieses neue Pfandrecht muß daher auch als ein Element der Fiducia und des Faustpfands erkannt werden. Dieß konnte bei der Fiducia wichtig werden, wenn in den Erfordernissen der Mancipation etwas versehen, dagegen allen Anforderungen des hypothekarischen Vertrags genügt war; in jedem Fall aber wurde dadurch dem Faustpfandgläubiger ein Rechtsschutz zu Theil, weit vollkommener, als den er bisher gehabt hatte. So wurde das pignus als Pfandrecht der Hypothek vollkommen gleich, es schließt eine Hypothek in sich, was es mehr enthält, der Besitz ist nur eine für die Eigenschaft des Pfandrechts sehr unwesentliche Zuthat geworden.[q])

Diese Behandlung des Faustpfands als ius in re; die Anwendung der in rem actio von der Hypothek auf dasselbe, war von selbst durch den Umstand geboten, daß der hypothekarische Vertrag auch in jener Verpfändung enthalten ist. Aber man gieng noch weiter, man dehnte die Wirkung der Hypothek auf Fälle aus, denen keine Uebereinkunft zu Grunde lag, die also den Worten des prätorischen Edicts nach nicht auf jene Wirkung Anspruch gehabt hätten. Am nächsten lag es, der Bestellung des Pfandrechts durch Testament dieselbe Wirkung, wie dem Vertrag beizulegen, Ulpian beruft

---

p) L. 2. 3 C. de servo pignori dato manumisso (7, 8), L. 6. 9 D. in quib. caus. p. tac. (20, 2.)

q) Dieß ist der Sinn der L. 5 §. 1 D. de pignor. (20, 1): Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. (Eine noch einfachere Erklärung hat Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII. 4, von einer abweichenden historischen Grundansicht des Pfandrechts aus, gegeben. Es gab von jeher zwei Verpfändungen: eine civile oder Rechtsverpfändung: die Fiducia, eine naturale oder Besitzverpfändung: das Pignus. Die letztere geschieht entweder durch Uebertragung des Besitzes — dieß heißt depositum pignus [Paul. II. 4. V. 26, 4. V. 5. 1, L. 36 D. de cond. indeb. (12, 6)], oder durch conventionelle Gestattung der Apprehension, dieß heißt mit einem aus dem Griechischen entlehnten Kunstausdruck hypotheca, die altrömische Bezeichnung ist ebenfalls pignus, nur ohne den Zusatz depositum, wofür etwa suppositum oder oppositum steht: Isidor. orig. V. 25, hypotheca est, cum res aliqua commendatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente. R.)

sich auf Rescripte des Septimius Severus und Caracalla, die dieß bestätigt haben.[r]) Der Besitz dessen, welcher missio in possessionem erhalten hatte, war als pignus behandelt worden, es konnte nicht fehlen, daß man diesem pignus praetorium auch die hypothekarischen Wirkungen zuschrieb (§. 248 Note d). Dasselbe gilt von dem pignus in causa iudicati captum.[s])

Für den hypothekarischen Vertrag ist keine bestimmte Form vorgeschrieben,[t]) er ist daher auch als stillschweigende Uebereinkunft möglich. Daran knüpfte sich eine Ausdehnung des Pfandrechts, die bei den älteren Formen nicht möglich war. Was durch bloßen Vertrag, ohne daß mit der Sache selbst etwas vorgieng, ja ohne ausdrückliche und wörtliche Erklärung geschehen konnte, wo es dann Sache der Interpretation war, zu entscheiden, ob die Absicht auf eine Verpfändung gegangen sei, das konnte man auch wohl, wo es gerecht und billig erschien, unabhängig von dem Willen der Parteien, ipso iure, eintreten lassen, es konnte mit gewissen Forderungen ein Pfandrecht durch Rechtsvorschrift verbunden werden, gleichviel ob die Absicht der Contrahenten darauf gerichtet gewesen oder nicht. Ein solches Pfandrecht beruht nicht auf Uebereinkunft, sondern auf Rechtsvorschrift, und man kann es daher gesetzliches Pfandrecht nennen, die Römer nennen es tacitum pignus, pignus tacite contractum, indem sie es mit dieser Bezeichnung an die ursprüngliche und regelmäßige Entstehung durch Vertrag anknüpfen.[u]) Schon zur Zeit der früheren römischen Juristen war eine solche stillschweigende Hypothek angenommen für den Vermiether eines praedium urbanum an den in die Wohnung eingebrachten Sachen des Miethers (invecta et illata) wegen der Forderung aus dem Miethcontract.[v]) Der Verpächter eines praedium rusticum hat dieses Recht nicht, er erhält an den invecta et illata nur durch Vertrag ein Pfand-

r) L. 26 pr. D. de pign. act. (13, 7.)

s) Antonin. L. 1 C. si in causa iud. (8, 23): — pignoris iure teneri — nam in vicem iustae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas iubentis.

t) L. 4 D. de pignor. (20, 1.)

u) Dig. XX. 2, Cod. VIII. 15: in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

v) L. 2—4. 6. 7. §. 1, L. 9 D. eod. Justinian verordnet, daß dieser Rechtssatz nicht bloß in Rom und Constantinopel und ihrem Weichbild, sondern im ganzen Reich gelten soll, L. 7 C. eod.

recht, dieser Vertrag wurde nun der Regel nach auch auf die Früchte (ibi nata) erstreckt,[w]) aber wenn dieß auch nicht geschehen war, so wurde stillschweigend ein Pfandrecht an denselben angenommen.[x]) Nach einem Senatusconsult unter Mar Aurel (§. 232 Note b) soll der Darleiher für die Wiederherstellung eines Gebäudes an diesem eine stillschweigende Hypothek haben.[y]) Wenn jemand mit dem Geld eines Pupillen Sachen für sich angeschafft hat, so hat der Pupill wegen des Ersatzes ein gesetzliches Pfandrecht an diesen Sachen.[z]) Unter Caracalla trat auch der Fiscus, sowohl wegen der öffentlichen Abgaben als wegen seiner Contractsforderungen, in die Reihe der gesetzlichen Pfandgläubiger, und zwar auf bis dahin bei den stillschweigenden Hypotheken unerhörte Weise, nämlich mit einem Pfandrecht an allen Gütern seiner Schuldner.[aa]) Auf diesem Weg, gesetzliche Pfandrechte an allen Gütern zu geben, fahren die späteren Gesetzgeber fort, jeder, welchem diese oder jene Forderung eine besondere Begünstigung zu verdienen scheint, ist mit einer solchen stillschweigenden Hypothek bei der Hand, unbekümmert, wie weit das führen könne, wenn man allen Forderungen gleichen Anspruchs auf Begünstigung ein gleiches Recht einräumen wollte, und unbekümmert um den nachtheiligen Einfluß, den eine große Anzahl solcher stillschweigender Hypotheken auf den Credit der Unterthanen und den Zweck des Pfandrechtsinstituts hat. So wurde zunächst den Unmündigen, Minderjährigen und Wahnsinnigen eine stillschweigende Hypothek an allen Gütern der Vormünder wegen der Vormundschaftsforde-

w) L. 11 §. 2 D. qui potior. (20, 4.)

x) L. 7 pr. D. in quib. caus. p. tac. (20, 2.) Dieß gilt von den Früchten des Grundstücks, die Erzeugnisse der eingebrachten Sachen (partus ancillarum und animalium) sind unter den invecta et illata selbst begriffen, der partus pignoris folgt der Mutter (vorausgesetzt, daß er ins Eigenthum des Verpfänders kommt), L. 1 C. de partu pignoris (8, 25), L. 29 §. 1 D. de pignor. (20, 1.)

y) L. 1 D. in quib. caus. p. tac. (20, 2.)

z) L. 7 pr. D. qui potior. (20, 4), L. 6 C. de servo p. dato (7, 8.).

aa) L. 1. 2 C. in quib. caus. p. tac. (8, 15.) Daher sagt Hermogenian, L. 46 §. 3 D. de iure fisci (49, 14): fiscus semper habet ius pignoris, doch machen die Strafforderungen eine Ausnahme, L. 17 D. eod. Vor jener exorbitanten Maßregel half man sich bei den Grundabgaben damit, sie für ein Onus des Grundstücks zu erklären, und unter diesem Titel die Rückstände von dem Nachfolger beizutreiben; so verfügten Marc Aurel und Verus, L. 7 pr. D. de publican. (39, 4.)

rungen gegeben, dann den Kindern an dem Vermögen der Eltern wegen ihrer Ansprüche hinsichtlich gewisser Güter, die in der Verwaltung derselben sind, der Ehefrau an dem Vermögen des Manns wegen des Heirathsguts und einiger anderer Ansprüche, den Vermächtnißnehmern an den Erbgütern des mit dem Vermächtniß Onerirten, der Kirche an dem Vermögen der Emphyteuta wegen Deterioration der Emphyteusis u. s. f.[bb])

3) Ein eigenthümlicher Vorzug und Nachtheil der Hypothek ist die Möglichkeit einer Mehrheit von Pfandrechten an demselben Gegenstand; ein Vorzug, insofern sie dem Eigenthümer gestattet, von dem Credit, den ihm der Werth seines Guts giebt, vollständig Gebrauch zu machen, ein Nachtheil, indem sie auf der andern Seite jenen Credit schmälert, denn sie fügt zu dem Werth des Guts und dem Recht des Verpfänders, dessen der Creditgeber gewiß sein muß, noch eine weitere Bedingung hinzu, von der seine Sicherheit abhängt, nämlich daß der Werth nicht durch andere Pfandrechte schon erschöpft ist. Ob und wie weit aber das Gut schon verpfändet ist, das ist äußerlich nicht erkennbar, die Formlosigkeit der Verpfändung macht es um so schwieriger, sich davon Kenntniß zu verschaffen. Indirect ist gegen diesen Uebelstand gewirkt durch Strafandrohung gegen einen Schuldner, der eine Sache weiter verpfändet, ohne dem neuen Gläubiger von der früheren Verpfändung Kenntniß zu geben, er wird als Betrüger einer criminellen Anklage unterworfen;[cc]) eine directe Sicherung des Gläubigers enthält diese Maßregel nicht, und ist überdieß nicht anwendbar in Beziehung auf Pfandrechte, deren Existenz der Verpfänder ignoriren kann, wie z. B. gesetzliche und solche, die von seinem Vorgänger herrühren.

Wenn Mehrere ein Pfandrecht an derselben ganzen Sache haben,

---

bb) Die Entstehungsarten des Pfandrechts lassen sich für das neuere Recht so zusammenfassen. Es kann entstehen 1) durch den darauf gerichteten Willen dessen, dem der Gegenstand angehört, entweder durch Vertrag (pignus conventionale), theils verbunden mit dem Besitz (pignus im eigentlichen Sinn und ἀντίχρησις), theils ohne diesen (hypotheca) oder durch letzten Willen (p. testamentarium), alle diese Fälle begreift man durch den Ausdruck p. voluntarium; 2) ohne seinen Willen, entweder durch einen richterlichen Act, dahin gehört das (mit der Detention verbundene) p. praetorium, ferner das pignus in causa iudicati captum, oder durch Rechtsvorschrift, hypotheca tacita, alle diese Fälle faßt man unter dem Wort p. necessarium zusammen.

cc) L. 36 §. 1 D. de pign. act. (13, 7.)

so können diese Pfandrechte einander vollkommen gleichstehen, so daß keiner gegen den Andern sein Recht geltend machen kann, und daher der Besitzende das wirksame Pfandrecht hat.[dd]) Dieß ist aber der seltnere Fall, welcher nur eintritt, wenn keiner der beiden Gründe, die einem Pfandrecht vor dem andern einen Vorzug (Priorität) geben können, wirksam wird.[ee]) Was zunächst den Inhalt dieses Vorzugs anlangt, so gewährt die Priorität 1) das Recht, über den Verkauf des Pfands zu entscheiden, also ihn zu beschleunigen oder zu verzögern, 2) das Recht, sich zuerst aus dem erhaltenen Preis zu befriedigen, dessen Ueberschuß erst den nachstehenden Gläubigern zufällt. Der nachstehende Pfandgläubiger hat indessen ein Mittel, sich das Recht des vorgehenden, auch wider dessen Willen, und dadurch namentlich jenen ersten Vortheil zu verschaffen (was z. B. wichtig sein kann, wenn der Umstand, ob jetzt oder später zum Verkauf geschritten wird, auf den zu erlangenden Preis Einfluß hat); dieses Mittel ist das ius offerendae pecuniae, es besteht darin, daß er den vorstehenden befriedigt, wodurch er für diese Summe in seine Stelle einrückt, wie wenn jener ihm freiwillig seine Forderung mit dem Pfandrecht cedirt hätte;[ff]) wegen seiner eigenen Forderung bleibt der Offerent an der bisherigen Stelle, in Beziehung auf sie verbessert er seine Lage nur durch den Vortheil, der ihr aus dem früheren oder späteren Verkauf des Pfands erwachsen kann.[gg])

Für die Priorität ist es gleichgültig, ob das Pfandrecht Hypothek oder eigentliches Pignus ist, eben so giebt die Entstehungsart keinen Vorzug, das gesetzliche oder durch eine richterliche Verfügung entstandene Pfandrecht ist an sich nicht besser als das pignus voluntarium und umgekehrt, und auch ob die Verpfändung eine specielle

dd) L. 10. 16 §. 8 D. de pignor. (20, 1.)

ee) Dig. XX. 4: qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. Cod. VIII. 18: qui potiores in pignore habeantur. 19: de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

ff) L. 11 §. 4 D. qui pot. (20, 4), L. 1. 5 C. eod. (8, 18.) Das pignus in causa iudicati captum hat das Vorrecht, daß die Oblation nicht vor dem Verkauf zu geschehen braucht, sondern sofort zum Verkauf geschritten werden kann, vorausgesetzt nur, daß der ältere Gläubiger aus dem Kaufpreis seine Befriedigung erhält, L. 15 §. 5 D. de re iud. (42, 1.)

gg) So giebt es noch andere Fälle, wo jemand in die Stelle eines Pfandgläubigers einrückt, wie wenn dieser Forderung und Pfandrecht cedirt hätte, obgleich eine Cession wirklich nicht geschehen ist. Vgl. unten §. 251 Note ii. kk.

oder generelle war, macht keinen Unterschied.[hh]) Vor allem wird die Priorität durch das Alter bestimmt, das ältere Pfandrecht geht dem jüngeren vor.[ii]) Darum ist der Zeitpunkt der Entstehung von großer Wichtigkeit; er bestimmt sich dadurch, daß die Existenz des Pfandrechts von drei Momenten abhängt: der Forderung, für die es bestimmt, dem Gegenstand, der dem Pfandrecht unterworfen ist, und dem Grund, auf dem es beruht. Erst mit der Existenz aller dieser Momente besteht das Pfandrecht, nicht früher. Was den Entstehungsgrund anlangt, so entsteht das gesetzliche Pfandrecht ohne einen besonderen Act in dem Augenblick, wo die beiden ersten Momente existiren, das pignus praetorium, indem der Gläubiger in den Besitz gelangt,[kk]) das pignus in causa iudicati captum durch die Vollstreckung des Befehls, also die wirkliche Auspfändung.[ll]) In Beziehung auf den Gegenstand kann das Pfandrecht nie früher datirt werden, als von dem Zeitpunkt, wo er ins Vermögen des Verpfänders kommt (vgl. aber Note b und k), und bei einer generellen Verpfändung von seinem Eintritt in das Genus. So beginnt das Pfandrecht aus der Verpfändung der invecta illata erst in dem Augenblick, wo die Sache eingebracht worden ist,[mm]) und aus einer Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen mit dem Augenblick der Erwerbung, hat jemand daher sein Vermögen zweien zu verschiedenen Zeiten verpfändet, so sind sie hinsichtlich der nachher erworbenen Sachen gleichzeitige Pfandgläubiger.[nn])

---

hh) L. 6 C. qui pot. (8, 18), L. 2. 7 §. 1 D. eod. (20, 4.)

ii) — sicut prior es tempore, ita potior es iure, L. 4. 8 C., L. 11 pr. D. eod.

kk) L. 26 §. 1 D. de pign. act. (13, 7.)

ll) L. 10 D. qui potior. (20, 4.)

mm) L. 11 §. 2 D. eod.

nn) L. 7 §. 1 D. eod., L. 28 D. de iure fisci (49, 14.). Auf den ersten Anblick scheint L. 21 pr. D. qui potior. (20, 4) eine Abweichung von diesem Princip zu enthalten: 1) A werden alle Güter, gegenwärtige und künftige, verpfändet; 2) später eben so B; 3) nachher erfolgt eine Novation der Forderung des A, mit Wiederholung der Verpfändung. Streng genommen, wäre das Pfandrecht des A das jüngere, sein älteres durch die Novation untergegangen, L. 18 D. de novat. (46, 2.) Aber die Novation wird so behandelt, als hätte er sich selbst sein früheres Pfandrecht abgetreten, succedit in suum locum, L. 3 pr. 12 §. 5 D. qui potior. (20, 4), L. 11 §. 1 D. de pign. act. (13, 7.) Er hat also für die neuere Forderung das frühere Pfandrecht, nicht bloß an den Sachen, die schon zur Zeit der ersten Verpfändung im Eigenthum des Schuldners waren, sondern auch an den nachher erworbenen, „nachher“: heißt dieß

Dieser Vorzug des Alters erscheint da unbillig, wo durch den Credit des neuen Gläubigers das Object selbst erhalten worden ist; der Pfandgläubiger, cuius pecunia salvam fecit totius pignoris causam, der also z. B. zur Wiederherstellung der Sache Geld geliehen hat, geht nach dem Verhältniß seines Antheils an dem jetzigen Zustand der Sache den älteren vor. Um so mehr den gleichzeitigen, wenn er zur Anschaffung der Sache geliehen hat, die mit ihrer Anschaffung seinem und dem Pfandrecht solcher, denen vorher schon das Vermögen verpfändet war, unterworfen wird.[oo] Bei diesem in der Natur der Sache gegründeten Vorzug blieben die Gesetzgeber nicht stehen, sie stellten noch andere privilegirte Pfandrechte auf. Das Pfandrecht des Fiscus wegen Contractsforderungen soll nur vor gleichzeitigen einen Vorzug haben,[pp] das wegen der öffentlichen Abgaben aber selbst vor den älteren,[qq] und Justinian hat auch der gesetzlichen Hypothek der Frau an dem Vermögen des Manns ein solches Privilegium vor den älteren Pfandgläubigern gegeben.[rr]

Auf dem Punkt der Collision der Pfandrechte zeigte sich, als die Verschuldung namentlich des Landvolks zunahm, der gefährliche Einfluß der von den früheren Formen entkleideten Verpfändung recht sichtbar. In dem kleinen Kreis, für den die hypothekarische Verpfändung ursprünglich eingeführt war (§. 251), zeigten sich nur Vortheile von dieser Maßregel, auch ihre weitere Ausdehnung war anfangs von keinen erheblichen Nachtheilen begleitet. Als die Umstände sich änderten, als die Verpfändungen des ganzen Vermögens immer häufiger wurden, und sich bei denselben Schuldnern vervielfachten, da jeder Gläubiger der Sicherheit wegen und damit ihm im schlimmsten Fall etwas wenigstens übrig bliebe, sich ein solches ausgedehntes Pfandrecht zu verschaffen suchte, als es ein gewöhnliches Ereigniß wurde, daß bei einem insolventen Schuldner eine Anzahl

---

„bis jetzt", so ist die Entscheidung gegen jenes Princip, aber der Jurist erklärt sich darüber gar nicht, er wollte nur sagen, das für die neue Forderung erhaltene Pfandrecht ist nicht bloß das, welches in dem Zeitpunkt 1 schon wirklich bestand, sondern A hat aus 3 dieselben Rechte, die er aus 1 hatte, sein Pfandrecht an den vor und nach 1 erworbenen Sachen steht so, wie wenn 3 gar nicht eingetreten wäre.

oo) L. 5. 6. 21 §. 1 D. qui potior. (20, 4), L. 7 C. eod. (8, 18.)

pp) L. 28 D. de iure fisci (49, 14.)

qq) L. 1 C. si propter publ. pensit. (4, 46.)

rr) L. 12 §. 1 C. qui potior. (8, 18.)

von Gläubigern auf dieselben Pfänder Ansprüche erhoben, und sich unter einander Pfandrecht oder Vorzug bestritten, da offenbarte sich das Bedenkliche der ganz formlosen Entstehung eines Rechts, das seine Wirkung nicht bloß unter den Paciscenten, sondern gegen Dritte zu äußern bestimmt war. Wie keiner der späteren Gesetzgeber das Unwesen der gesetzlichen Hypotheken zu mindern bedacht war, sie vergrößerten es vielmehr, so wußte keiner durch Einführung einer passenden Form Uebelstände zu beseitigen oder zu verringern, die zu ihrer Zeit mächtig genug hervortraten. Nur die Regierung Leo's I machte eine Ausnahme, unter der zwar keine durchgreifende Bestimmung darüber gemacht, aber doch für einen Punkt wenigstens eine Nachhülfe gewährt wurde.[ss]) Contracte, verordnet Leo, sollen da, durch, daß die Urkunde ohne Zuziehung anderer Personen aufgesetzt worden ist, an ihrer Wirkung nichts verlieren, sofern die persönliche Klage dadurch begründet werden soll. Soll aber durch eine solche Urkunde ein Pfandrecht begründet werden, so soll dieses einem durch eine öffentliche Urkunde (instrumentis publice confectis), auch wenn diese ein späteres Datum hat, schlechterdings nachstehen, nur soll die Beiziehung und Unterschrift von wenigstens drei achtbaren Männern der Privaturkunde die Wirkung einer öffentlichen geben: tunc enim (idiochira) quasi publice confecta accipiuntur.

Hier ist soviel gewiß, daß der formlosen Verpfändung die Wirkung nicht entzogen, sondern nur gegenüber gewissen anderen Verpfändungen geschmälert ist. Ueber den positiven Inhalt des Gesetzes aber sind zwei Ansichten möglich. Die eine ist: das Gesetz ist veranlaßt durch die Unsicherheit des Altersbeweises bei einer privatim und unter vier Augen geschehenen Verpfändung, durch Einverständniß zwischen Verpfänder und Gläubiger kann der Pfandvertrag zurückdatirt werden. Darum hat der Kaiser festgesetzt, wenn ein Gläubiger das Alter seines Pfandrechts durch ein instrumentum publicum vel quasi beweist, der andere dieß nicht vermag, so soll jenes den Altersvorzug haben. Dieser Ansicht steht entgegen, daß die Beschränkung auf die Altersfrage nicht aus dem Gesetz hervorgeht, daß vielmehr selbst der Gegensatz zur Geltendmachung der Forderung (bei

ss) Es ist ein Gesetz von 469: L. 11 C. qui potior. (8, 18), von dem ein anderes Stück (über die Stipulationen), L. 10 C. de contr. stipul. (8, 38), vorkommt.

der das Alter keine Rolle spielt) auf ein beiden Fällen gemeinsames Moment deutet, und dieß kann kein anderes sein, als die Existenz der Verpfändung selbst nebst Umfang (nicht bloß ihr Alter): das durch ein instrumentum publicum vel quasi begründete Pfandrecht (s. g. pignus publicum, quasi publicum) geht schlechthin dem s. g. pignus privatum vor, weil seine Existenz selbst beglaubigter ist, als die des letzteren; dieß ist die zweite Ansicht. Nach dieser zweiten Ansicht tritt der Vorzug daher nicht bloß da ein, wo sonst unter zwei Pfandrechten das Alter entscheiden würde, sondern auch das privilegirte pignus privatum weicht dem nichtprivilegirten p. publicum. Hier entsteht aber erst noch die Frage, ob sich dieser Grund des Vorzugs auf die Collision aller Pfandrechte erstrecke. Das Gesetz spricht offenbar bloß von dem durch Vertrag begründeten Pfandrecht, nur ist es auch von dem stillschweigenden zu verstehen, wenn die mit gesetzlichem Pfandrecht versehene Forderung auf Vertrag beruht, gegenüber anderen Pfandrechten entscheiden die gewöhnlichen Regeln des Alters und Privilegiums.[tt])

CCLI. 4) Die Klagen aus dem Pfandrecht, die nun angegeben werden sollen, führen uns auf die Geschichte der Hypothek zurück. Nicht auf einmal hat dieses Institut die Wirkung und die ausgedehnte Anwendung erhalten, in der es bisher dargestellt worden ist.

Die erste Einführung der Hypothek erinnert an die verschiedenartigen Versuche, die seit dem licinischen Gesetz gemacht wurden, den ärmeren Theil des Volks dem Landbau zu erhalten oder zurückzugeben (Bd. I §. 57. 72). Sei es aus eigenem Ermessen oder auf

tt) Z. B. der Eigenthümer des Grundstücks hat dieses dem A in einer Privaturkunde verpfändet, später hat er die Vormundschaft über B übernommen, zuletzt hat C von ihm eine Hypothek durch ein instrumentum publicum erhalten. Die Rangordnung dieser drei Pfandgläubiger wäre abgesehen von dem leonischen Gesetz: A, B, C. Nach diesem Gesetz soll C dem A vorgehen, in Beziehung auf die Stellung des B ändert das Gesetz nichts. Setzen wir nun, die Forderung des A beträgt 1000, die des B 2000, die des C ebenfalls 2000, so ist nun C mit 1000 der erste Gläubiger (an der Stelle des A), B der zweite, C mit seinen übrigen 1000 der dritte, A der vierte. Dieser Ausweg wird in L. 16 D. qui potior. (20, 4) für den Fall, daß C den Vorrang vor A durch res iudicata erlangt hätte, verworfen, weil er sich auf diesen Vorrang nicht gegen B berufen kann, für den die res iudicata keine Wirkung hat; dieser Einwand steht hier nicht entgegen, wo der Vorrang sich auf ein Gesetz gründet.

äußeren Antrieb irgend einer Art, ein Prätor setzte in sein Edict, der Pächter solle dem Verpächter durch bloßen Vertrag das, was er in das Gut einbringen werde, invecta illata, für den Pachtzins verpfänden können.[a]) Wir finden für diesen Fall zwei Rechtsmittel von dem Prätor gegeben, mit denen der Gläubiger den Besitz des Pfands, um es zu verkaufen, sich verschaffen kann, ein interdictum adipiscendae possessionis und eine in rem actio, sicher dürfen wir annehmen, daß jenes das frühere war, zu dessen Einführung nach dem letzteren schwerlich ein Bedürfniß sich gezeigt haben würde.

Wenn der Prätor seinen neuen Rechtsatz, wie es üblich war, dem bestehenden Recht anschließen wollte, so lag das einfache Pignus am nächsten, bei dem der Gläubiger durch den Besitz, also durch prätorische Rechtsmittel, die possessorischen Interdicte, geschützt war. Indem nun der Prätor dem Gläubiger in Folge jenes Pactums dasselbe Recht ohne den Besitz zuerkannte, das der creditor pignoraticius durch den Besitz hat, behandelte er den Verpfänder so, wie wenn er den Besitz des Pfands überliefert und (was ja nicht ungewöhnlich war) als Precarium zurückerhalten hätte. Wie der Faustpfandgläubiger in diesem Fall das interdictum de precario (recuperandae possessionis) hatte, so gab er dem hypothekarischen ein übrigens diesem nachgebildetes interdictum adipiscendae possessionis. Dieß ist das interdictum salvianum.[b]) Ist diese Ab-

---

a) S. §. 249. Die hypothekarische Verpfändung findet sich, früher als in Rom, im attischen Recht, auch da neben dem Faustpfand und einem der römischen Fiducia analogen Geschäft, Meier und Schömann, att. Proceß S. 504 ff. So fanden sie die Römer in den Ländern griechischen Rechts vor, Cic. fam. XIII. 56. Denkbar ist es, daß gleich auf die erste Einführung des Instituts in die städtischen Edicte jenes Vorbild mitwirkte, jedenfalls scheint dieß bei seiner späteren Erweiterung der Fall gewesen zu sein, wobei dann auch der Name ὑποθῆκαι für diese Verpfändungen ein technischer des römischen Rechts wurde. Uebrigens ist die erste Einführung in das sechste Jahrhundert zu setzen, schon bei Cato kommt jene Hypothek an den Illaten vor, de R. R. 146: — donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo illata erunt, pigneri sunto — 149: — pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunto. (Vgl. hiermit §. 250 Note q. R.)

b) Gai. IV. 147: Interdictum quoque quod appellatur salvianum, adipiscendae possessionis comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Dig. XLIII. 33: de salviano interdicto. Cod. VIII. 9: de precario et salviano interdicto. Diese Zusammenstellung im Codextitel kann den Grund

leitung richtig, so wird auch dieses Interdict nur gegen den Verpfänder (und seine Erben) angestellt werden können, nicht, wie es eigentlich der Natur eines interdictum adipiscendae possessionis ganz angemessen wäre, auch gegen einen dritten Besitzer, und dieß wird denn auch mit größter Bestimmtheit gesagt.[c] Nur muß eine Collision zwischen zwei angeblichen Pfandgläubigern natürlich auch durch das Interdict entschieden, also dieses gegen den als Pfandgläubiger Besitzenden angestellt werden können.[d]

---

haben, daß auch das interdictum de precario früher am häufigsten bei einem Pfand vorkam, aber auch den, daß das zweite nur eine Analogie des ersten ist. Beide Erklärungen setzen voraus, daß die Zusammenstellung eine überlieferte, nicht willkührlich von den Compilatoren erfundene ist. Aus dem Umstand, daß das interdictum salvianum die Reihe schließt, darf nicht (mit Huschke, über das salv. Int., Studien I. 4) auf das Alter desselben geschlossen werden, die Ordnung der Interdicte in den Pandekten (und im Edictum perpetuum) ist eine sachliche.

c) Gordian. L. 1 C. de precar. (8, 9): — id enim (salv. int.) tantummodo adversus conductorem debitoremve competit — der Zusatz debitoremve hat nicht den Sinn, daß es gegen jeden Verpfänder (auch außer dem Fall eines Pachts) stattfindet, aber er giebt die Qualität an, die den Pächter dem Interdict unterwirft, und den, der die Sache von dem Verpfänder gekauft hat, von der Beklagteneigenschaft ausschließt. Huschke a. a. O. glaubt, Gordian verwerfe das Interdict bloß, weil die Verpfändung nicht von einem Pächter geschehen sei, aber dieß läßt das Rescript vielmehr ganz dahingestellt, und darum verweist es auch nicht bloß auf die actio quasi serviana, sondern nennt auch die serviana, die bei der Verpfändung durch einen Pächter eintritt. Der zu entscheidende Fall wird denn auch nur so bezeichnet: der Debitor hat die verpfändeten Sachen verkauft, für welche Schuld die Verpfändung geschah, wird ignorirt.

d) Iulian. L. 1 §. 1 D. de salv. interd. (43, 33.) Die Worte „adversus extraneum" heißen: gegen einen Andern, der nicht Pfandgläubiger ist, wer dieser Andere sei, wird nicht gesagt. Man glaubt, Julian gebe das Interdictum in L. 1 pr. eod. als utile gegen den Käufer. An sich wäre es nicht undenkbar, daß manche Juristen die ursprüngliche Beschränkung abzuwerfen geneigt gewesen wären, die Stelle selbst aber enthält dieß nicht, sie sagt nur, das Interdict finde Statt wegen des von der verpfändeten Sclavin bei dem Käufer gebornen Kindes, nicht gegen wen es stattfinde. Ja diese Entscheidung läßt sich, wie es scheint, nur rechtfertigen, wenn der Verpfänder als Beklagter gemeint ist, L. 29 §. 1 D. de pignor. (20, 1), und zwar ist es wieder die Analogie des Precariums, die uns hier begegnet. Wer eine Sclavin precario hat, hat auch so das Kind, das sie bei ihm gebiert, L. 10 D. de precar. (43, 26.) In unserem Fall haftet der Verpfänder wie ein Precarist, der dolo fecit, ut habere desineret, L. 2 pr. D. eod. — Was Theophilus (IV. 15, 3) will, wenn er sagt, das Interdict habe der Verpächter gegen den Pächter, und fortfährt: wenn dieser nicht zahlt, wird es gegen jeden Besitzer angestellt, ist nicht zu sagen; seine Darstellung wenigstens ist jedenfalls ein Fehler.

Dieser Schutz war mithin unter Umständen sehr unzureichend,[e]) es schien passend, einen Schritt weiter zu gehen, und den Pfandgläubiger so zu behandeln, wie wenn er die Sache unter Fiducia erhalten hätte. Die in rem actio, die er in diesem Fall als Eigenthümer haben würde, erhielt er von dem Prätor als utilis; dieß ist die serviana actio, welche eben so wie das Interdict nur für jenen einzelnen Fall der Illatenverpfändung gegeben wurde.[f]) Daß die Klage eine utilis actio war, ist gewiß,[g]) wahrscheinlich war sie aber auch ficticia, so daß die Fiction der Mancipation oder In Jure Cessio in die Formel gesetzt, und der Richter ausdrücklich angewiesen wurde, so zu entscheiden, wie wenn der Gläubiger die Sache durch Fiducia erhalten hätte.[h])

---

e) (Eine von der obigen völlig abweichende Ansicht über das Salvianum hat Rudorff, Zeitschr. für gesch. RW. XIII. 4 S. 209 aufgestellt. Er hält es für ein rein possessorisches, §. 225 Note a und prohibitorisches Interdict mit folgender Formel: si is homo, quo de agitur, est ex his rebus, de quibus inter te et conductorem coovenit, ut, quae in eum fundum, q. d. a., ioducta, iilata, ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius fundi essent, oeque ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est, aut per te stat, quo minus solvatur, ita quo minus eum ducas, vim fieri veto. Es hatte daher nur den strengen Sponsionenproceß, §. 169, keine arbitraria formula auf Restitution, es gieng gleich dem Interdictum Utrubi gegen jeden, welcher sich der Wegführung [ducere] der Illaten mit Gewalt widersetzt. Dagegen erlosch es durch absichtliches Aufgeben des Besitzanspruches, selbst wenn das Pfandrecht vorbehalten war: L. 4 §. 1 D. q. m p. [20, 6], woraus L. 1 C de precar. [8, 9] zu erklären ist [te noo remittente pignus"]. Bei städtischen Invecten hatte der Vermiether das Recht der Perclusion, hier bedurfte vielmehr der Miether ein Interdict [de migrando]. Bei andern, nicht stillschweigenden und daher seltener vorkommenden Verpfändungen half der Prätor durch Interdicte [auctoritates] für jeden einzelnen Fall [Paul. V. 6. 16, L. 3 C. de pigo. (8, 14), L. 52 §. 2 D. de A. P.], ohne ein ständiges Formular im Edict zu proponiren. Abweichend construirt die Formel Keller in Richter's Jahrbb. 1847. S. 977. R.)

f) §. 7 I. de action. (4, 6.) Daß die Klage den Namen von einem Prätor Servius habe, ist eine weiter nicht begründete Voraussetzung, ganz aus der Luft gegriffen ist die Meinung, dieser Prätor sei der Jurist Servius Sulpicius gewesen.

g) Julian nennt sie so L. 1 §. 1 D. de salv. interd. (34, 33), vgl. L. 16 D. de serv. (8, 1.)

h) Auch die serviana actio des bonorum emtor ist ficticia, Gai. IV. 35. Bestandtheile der formula serviana werden erwähnt in L. 6 C. si al. res pign. (8, 16): — quum serviana etiam actio declaret evidenter, iure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis *in bonis* fuerint — vgl. L. 3 pr. D. de pignor. (20, 1), dann in L. 19 C. de usur. (4, 32): — quum serviana

Wie kurz oder wie lange es währte, bis die hypothekarische Verpfändung über diesen einzelnen Fall hinaus erstreckt wurde, ist nicht zu bestimmen. Diese Ausdehnung geschah nicht so, daß die Anwendung des interdictum salvianum erweitert worden wäre, dieses vielmehr blieb auf jenen Fall beschränkt, für den es eingeführt worden war,[i]) sondern durch die Erweiterung der utilis in rem actio. Sie heißt in dieser Ausdehnung quasi serviana actio, serviana utilis hypothecaria.[k]) Sie ist eine vindicatio pignoris, wo eine Sache oder ein Recht an derselben, das eine Vindication der Sache mit sich bringt, z. B. Emphyteusis, der Gegenstand des Pfandrechts ist,[l]) bei der Verpfändung einer Forderung hat der Gläubiger die persönliche Klage seines Verpfänders als utilis, bei der Afterverpfändung eben so seine hypothecaria actio.[m]) In den letzteren Fällen wurde die Formel wahrscheinlich eingerichtet wie bei einem Procurator (§. 166 a. E.),[n]) schwerlich in den ersteren, wo sie nach allen Nachrichten eine ziemlich specielle Angabe der Erforderniſſe des Pfandrechts enthielt, nämlich eine Erwähnung der Verpfändung, daß die Sache in bonis des Verpfänders gewesen, und daß der Gläu-

---

etiam actio manifeste declaret, pignoris inhiberi persecutionem, vel *solutis pecuniis*, vel *si per creditorem steterit quo minus solvantur* —.

i) Alle Stellen, die seiner gedenken, erwähnen es nur für diesen Fall, der Zusatz dobitoremve in L. 1 C. de precar. (Note c) kann nach dem Zusammenhang eine solche Ausdehnung nicht erhalten, und Paul. V. 6, 16 (den man auch dafür angeführt hat) sagt, der Grundsatz, daß gewisse Sachen nicht unter einer generellen Verpfändung begriffen würden, gelte auch für das Interdict, also auch für die Verpfändung der invecta illata. Huschke, Studien S. 355 ff.

k) §. 7 I. de action. (4, 6), L. 13 §. 1 D. ad S. C. vellei. (16, 1) L. 1 D. de precar. (8, 9.) Die römischen Juristen brauchen indessen nicht selten auch den Namen serviana als allgemeinen für die hypothekarische Klage, Büchel, civilr. Erörterungen I. 2 S. 110. Auch pigneraticia (in rem) actio (unterschieden von der pigneraticia in personam actio aus dem Pfandcontract) wird sie genannt, z. B. L. 3 §. 3 D. ad exhib. (10, 4), L. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2) u. a., utilis pigneraticia für den Fall der (wirksamen) Verpfändung durch einen Nichteigenthümer (§. 250 Note d).

l) Die vindicatio pignoris richtet sich in ihrer Kraft nach der Vindication, die dem Verpfänder zustand, L. 18 D. de pignor. (20, 1): Si ab eo, qui publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per servianam praetor, quemadmodum debitorem per publicianam.

m) L. 13 §. 2, L. 20 D. eod. L. 4 C. quae res pign. (8, 17.)

n) Wie es der Fall war bei der actio rutiliana des bonorum emtor, Gai. IV. 35.

biger nicht befriedigt sei.[o]) Alles dieß hätte, wie es bei der Serviana ursprünglich der Fall gewesen zu sein scheint, mit einer Fiction des Eigenthums verbunden sein können, wahrscheinlich aber wurde die Form einer in factum actio gewählt, die Intentio auf das bestellte Pfand gerichtet, und durch diese Form die Klage allen Fällen, auch dem Pfandrecht an Sachen, an denen ein quiritisches Eigenthum nicht möglich war, angepaßt.[p])

Diese hypothekarische Klage hat die Eigenschaften der Rei Vindicatio in Beziehung auf den Beklagten und auf den Gegenstand.[q])

---

o) L. 13 §. 1 D. ad S. C. vell. (16, 1): — convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam. L. 15 §. 1 D. de pignor. (20, 1), L. 1 §. 5 D. de migrando (43, 32), L. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2), L. 1 C. si pign. conv. (8, 33) Note h.

p) L. 11 §. 1 D. de pign. (20, 1), L. 1 C. si pign. conv. (8, 33): — intentio dati pignoris neque redditae pecuniae —. Ribbentrop, comm. ad L. 16 §. 5 D. de pignor. etc. (1824) §. 4. Duroi, Archiv für civil. Pr. VI S. 402. Huschke, Studien S. 377. (Ausführlich behandelt die Conception der Serviana Rudorff a. a. O. S. 206 f. mit folgenden Resultaten: die Formel war in factum und in rem zugleich. Sie begann mit der Angabe der Thatsachen, welche die Bedingungen [conditiones, L. 13 §. 4 D. de pign. 20, 1] des Salvianum und seiner Sponsionen bildeten. An diesen factischen Theil schloß sich eine intentio in rem, aber nicht, wie bei der Fiducia, aus dem quiritischen Recht des Klägers, sondern aus dem in bonis [L. 49 D. de V. S. 50, 16] des Verpfänders und zwar ordentlicher Weise [L. 5 C. si al. res 8, 16] zur Zeit der Verpfändung. Der Schluß der Formel enthielt ein von dem Salvianischen Sponsionenproceß völlig abweichendes Arbitrium auf Restitution oder Befriedigung. So umfaßte die Formel die ganze Causa Pignoris, das Possessorium wie das Petitorium und machte das erste fast entbehrlich. Daher steht ihr auch die exceptio rei iudicatae aus dem Salvianum entgegen [L. 1 §. 1 D. de Salv. (43, 33), vgl. mit L. 16 D. de pign. [20, 1] und nicht entgegen [L. 2 D. de Salv. [43, 33], jenachdem in ihr über die beiden Rechtsmitteln gemeinsame factische oder über die der Serviana eigenthümliche Rechtsfrage gestritten wird. Die Wiederherstellung der Formel haben in verschiedener Weise versucht: Keller in Richter's Jahrbb. 1847 S. 981, Bachofen, das röm. Pfandrecht S. 11—30, Huschke, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß XX. S. 168. R.)

q) L. 16 §. 3 D. de pignor. (20, 1): In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est. Nam si non possideat nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. Si vero possideat et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, seque absolvendus est, si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere nec possit, forte quod res abest et longe est, vel in provinciis, solet cautionibus res explicari, nam si caverit, se restituturum, absolvitur. Si vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus —.

Doch treten einige Modificationen ein durch den Zweck, den die Vindication bei dem Gläubiger hat. Die Klage soll ihm seine Befriedigung verschaffen, er hat sie daher nur, wenn entweder die Zeit, wo er diese fordern kann, gekommen ist, oder seine Sicherung schon vorher erheischt, daß die Sache dem Besitzer entzogen werde,[r]) ferner kann der Beklagte die Klage durch Befriedigung des Klägers abwenden,[s]) endlich was die Früchte der Sache anlangt, so geht die Klage auch auf diese, wie die Rei Vindication, aber mit dem Unterschied, daß der Kläger ein Interesse haben muß, sie zu erhalten, was nur der Fall sein wird, wenn die Sache selbst nicht zu seiner Befriedigung hinreicht.[t]) Daß der Beklagte selbst Pfandgläubiger ist, schützt ihn nicht, wenn er ein dem des Klägers nachstehendes Pfandrecht hat, nur in einem Fall wird durch eine billige Rücksicht, welche die Ueberhandnahme der Verpfändungen des ganzen Vermögens hervorgerufen hat, ihm geholfen. Wenn dem früheren Pfandgläubiger Sachen speciell und nebenher alle Güter verpfändet sind, aus denen dann später ein Anderer eine Sache zum Pfand erhalten hat, so kann dieser verlangen, daß jener an die speciell verpfändeten Sachen, wenn sie zu seiner Befriedigung hinreichen, sich halte, und nicht ohne Noth ihn um sein Pfand bringe.[u])

5) Die Aufhebung des Pfandnexus[v]) geschieht durch den Untergang des Gegenstands (der Sache oder des verpfändeten Rechts),[w]) durch Ersitzung der Freiheit, die aber nicht schon durch die gewöhnliche Usucapion (wie dieß bei dem fiduciarischen Pfandrecht der Fall

r) L. 14 pr. D. de pignor. (20, 1), L. 5 §. 1 D. quib. mod. pign. (20, 6.)

s) Note q. L. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. (20, 6.) Ja nach Justinian's Nov. 4 c. 2 kann ein dritter Besitzer des Pfands verlangen, daß der Gläubiger zuerst seine Befriedigung von denen suche, die ihm persönlich verpflichtet sind (Schuldner, Bürgen): er hat die exceptio excussionis personalis, wie man dieses Recht zu nennen pflegt.

t) L. 16 §. 4 D. de pignor. (20, 1.) Man muß zwei Fälle wohl unterscheiden: 1) Früchte, die dem Pfandrecht selbst unterworfen sind, indem die Verpfändung sich auf sie erstreckt, und die daher ein selbstständiges Object der hypothekarischen Klage bilden, 2) Früchte, die nur Accessionen der Hypothecaria auf die Hauptsache sind. Hier ist allein von den letzteren die Rede.

u) L. 2 C. de pignor. (8, 14.) Die Neuern pflegen dieß die exceptio excussionis realis zu nennen.

v) Dig. XX. 6: quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.'

w) L. 8 pr. D. eod. L. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7), L. 29 §. 2, L. 31 D. de pignor. (41, 3.)

ist),[x]) sondern dadurch geschieht, daß jemand zehn Jahre inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes mit einem Titel, oder ohne Titel dreißig Jahre die Sache besitzt, und in beiden Fällen in bona fide, d. h. mit der Existenz des Pfandrechts, unbekannt ist,[y]) — ferner durch Verzicht (remissio pignoris),[z]) endlich durch Aufhebung der Forderung, durch Confusion, durch Verkauf des Pfands von dem dazu berechtigten Gläubiger. Diese drei letzten Gründe sollen nun noch näher betrachtet werden.

Das Pfandrecht setzt stets eine Forderung des Pfandberechtigten voraus, zu deren Sicherung es bestimmt ist, von welcher Art auch übrigens die Forderung sein möge.[aa]) Daher muß mit der Tilgung der Forderung auch das Pfandrecht erlöschen, und zwar mit jeder Tilgung, nicht bloß der Zahlung.[bb]) Zwar in der Formel der hypothekarischen Klage ist nur die Zahlung als Hinderniß derselben erwähnt, von dieser Beschränkung indessen machen die römischen Juristen nur da Gebrauch, wo jene Consequenz der accessorischen Natur des Pfandrechts unter individuellen Umständen eine Unbilligkeit zum Resultat haben würde.[cc]) Die Forderung muß ganz aufgehoben sein, sowohl dem Grad nach: nicht bloß die Klage,[dd]) als auch dem Gegenstand nach, eine theilweise Tilgung hebt nicht auch

---

x) L. 44 §. 5 D. de usurp. (41, 3.)

y) Cod. VII. 36: si adversus creditorem praescriptio opponitur. L. 8 pr. §. 1 C. de praescr. xxx annor. (7, 39.), L. 5 §. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3.) Fehlt es an der bona fides (und dieß ist stets bei dem Verpfänder anzunehmen), so verjährt durch den Ablauf von dreißig (gegenüber dem Schuldner oder einem nachstehenden Pfandgläubiger beim Leben des Schuldners von vierzig) Jahren nur die hypothekarische Klage, das Pfandrecht selbst ist nicht erloschen.

z) Cod. VIII. 26: de remissione pignoris. L. 4. 8. 12 pr. D. quib. mod. p. solv. (20, 6.)

aa) L. 5 pr. D. de pignor. (20, 1.), Cod. VIII. 33: si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.

bb) L. 43 D. de solut. (46, 3), L. 11 §. 1. 2 D. de pign. act. (13, 7.) Bei der Zahlung ist es genug, daß der Schuldner dazu bereit war, und es nur an dem Gläubiger lag, daß sie nicht wirklich erfolgte, L. 6 pr. §. 1 D. quib. mod. p. solv. (20, 6.)

cc) L. 59 pr. D. ad S. C. trebell. (36, 1), L. 13 §. 1 D. ad S. C. vellei. (16, 1.)

dd) L. 2 C. de luit. pign. (8, 31): Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota. L. 14 §. 1 D. de pignor. (20, 1), vgl. §. 208 Note pp.

das Pfandrecht zum Theil, denn dieses ist untheilbar, auch für den kleinsten Rückstand haftet noch das ganze Pfand.[ee]) Dieß gielt natürlich von der Forderung, für welche das Pfand bestimmt ist, aber auch von ihren Accessionen, wenn es solche sind, auf welche die Klage aus der Forderung mitgerichtet ist.[ff]) Die Existenz anderer Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner hindert die Erlöschung des Pfandrechts nicht, wenn nur die, für die es bestimmt war, vollständig getilgt ist, doch hat der Gläubiger die exceptio doli gegen den Schuldner (nicht gegen einen Andern), der ihm das Pfand abfordert, ehe er seine übrigen Schulden an ihn bezahlt hat.[gg])

Niemand kann ein Pfandrecht an seiner eigenen Sache haben, darum muß das Pfandrecht untergehen, sowie es mit dem Eigenthum in derselben Person zusammentrifft.[hh]) Jener Satz hat einen formellen Grund darin, daß das Pfandrecht ein ius in re aliena ist, der materielle liegt in dem Umstand, daß dem Gläubiger seine eigene Sache die Sicherheit, um die es sich handelt, nicht gewähren kann, daß also der Zweck des Pfandrechts durch eines an der eigenen Sache nicht erreicht werden würde. In Beziehung auf diesen zweiten Grund lassen sich Verhältnisse denken, wo er wegfällt, indem es dem Eigenthümer von Interesse sein kann, die Rechte eines Pfandgläubigers zu haben. So wäre er als Pfandgläubiger vielleicht (nämlich wenn er der prior creditor wäre) gegen andere Pfandgläubiger geschützt, als Eigenthümer ist er es nicht. Wenn nun einem Pfandgläubiger der Erwerb des Eigenthums und die damit verbundene formell nothwendige Confusion des Pfandrechts nachtheilig wird, so können die Umstände von der Art sein, daß eine Hülfe gegen diesen Nachtheil eine Anforderung der Gerechtigkeit ist, z. B. der Pfandgläubiger hat

---

ee) L. 19 D. de pignor. L. 2 C. debitorem vendit. p. (8, 29.) Cod. VIII. 32: si unus ex pluribus heredibus creditoris et debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit.

ff) So haftet das Pfand für die Zinsen unter dieser Voraussetzung, L. 8 §. 5 D. de pign. act. (13, 7), wenn sie dagegen auf einer besondern Stipulation beruhen, nur insofern es auch für sie mit bestellt ist, L. 11 §. 3 D. eod. L. 13 §. 6 D. de pignor. (20, 1.)

gg) Cod. VIII. 27: etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse. Dieses Retentionsrecht (kein Pfandrecht) hat zu seiner factischen Voraussetzung, daß der Gläubiger im Besitz des Pfands ist (si in possessione fueris constitutus), daß es bloß dem Gläubiger zustehe, der von Anfang an im Besitz war (dem Faustpfandgläubiger), davon enthält das Gesetz kein Wort.

hh) L. 45 pr. D. de R. I. (50, 17), L. 29 D. de pign. act. (13, 7.)

von dem Schuldner das Pfand gekauft, damit der ihm vorgehende mit dem Kaufpreis abgefunden werde, dieß ist geschehen, nun treten aber andere Gläubiger auf, die durch die Befriedigung des ersten und die Confusion bei dem Käufer die alleinigen Pfandberechtigten sind. Dieser Erfolg ist offenbar im Widerspruch mit der Intention der Parteien; diese gieng darauf, daß der abzufindende Gläubiger dem Käufer Platz machen, dieser in seine Stelle einrücken sollte. Die Absicht wird dadurch erreicht, daß der Käufer als Pfandgläubiger behandelt wird, und in die Stelle des abgefundenen einrückt. Haben nun die römischen Juristen, um dieß zu erreichen, eine Ausnahme von jener Regel, ein Pfandrecht an der eigenen Sache statuirt? So roh verfahren sie nicht, vielmehr halten sie die Regel fest, und lassen den Erwerb des Eigenthums fallen, sie erhalten dem Käufer das Pfandrecht, indem sie das Geschäft nicht als Kauf, sondern als Darlehen zur Abfindung des Vorgängers interpretiren.[ii])

Der Verkauf des Pfands durch den dazu berechtigten Pfandgläubiger hebt alle Pfandrechte, die bisher an der Sache hafteten, auf.[kk]) Soll der Verkauf diese Wirkung haben, so darf dem verkaufenden Gläubiger kein anderer vorgehen (vgl. §. 250 Note ff), der Gläubiger darf nicht selbst Käufer sein, die Schuld muß fällig, der Schuldner in mora sein,[ll]) von dieser Zeit an müssen dem Verpfänder zwei Jahre Frist gegönnt werden, das Pfand zu lösen und den Verkauf zu vermeiden, wenn nichts anderes verabredet ist,[mm]) die Verabredung, daß dem Gläubiger der Verkauf nicht gestattet sein soll, bewirkt, daß in dieser Zeit eine dreimalige Denuntiatio an den Verpfänder geschehen

---

ii) L. 17 D. qui potior (20, 4.) Aehnlich behandeln sie andere Fälle, wo ein Bedürfniß eintritt, gegen den Verlust des Pfandrechts durch Confusion zu helfen, z. B. L. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2.)

kk) Dig. XX. 5. Cod. VIII. 28: de distractione pignorum et hypothecarum. Nur wenn ein nachstehender Pfandgläubiger kauft, wird dieß nicht als Kauf, sondern als eine Abfindung des prior creditor zum Zweck der Conservation des Pfandrechts behandelt, L. 6 D. eod. Vgl. §. 250 Note gg.

ll) Auf dieses Erforderniß bezieht sich die Denunciation bei Justinian, L. 3 §. 1 C. de iure dom. imp. (8, 34.) Die Verabredung, daß der Gläubiger sofort, nachdem die Schuld fällig geworden, solle verkaufen können, ersetzt die Mahnung, L. 8 §. 3 D. de pign. act. (13, 7.)

mm) So Justinian L. 3 §. 1 C. de iure dom. imp. (8, 34.) Das pignus ex causa iudicati captum wird nicht von dem Gläubiger verkauft, sondern durch das Gericht, dieser Verkauf geschieht nach Ablauf von zwei Monaten von der Auspfändung gerechnet, L. 31 D. de re iud. (42, 1.)

muß (§. 247 Note i). Kommt die Zeit des Verkaufs, so hat der Gläubiger dem Verpfänder durch Benachrichtigung die Möglichkeit, gegenwärtig zu sein, zu verschaffen.[nn])

Es mußte auch für den Fall gesorgt werden, wenn sich (vielleicht durch Umtriebe des Schuldners) kein oder kein annehmlicher Käufer fand. Bei dem pignus ex causa iudicati captum war eigentlich kein Bedürfniß, dafür eine besondere Rechtsform zu finden; da das Gericht verkaufte, so konnte der Gläubiger als Käufer zugelassen werden,[oo]) nach einer Verordnung von Severus und Caracalla soll dieß aber nur so geschehen, daß der Gläubiger die Sachen um seine Forderung übernimmt, also kein Ueberschuß bleibt.[pp]) Gordian dagegen behält dem Princeps das Recht vor, den Zuschlag an den Gläubiger auszusprechen.[qq]) Dieser letztere Weg ist denn auch allein in allen andern Fällen, wo der Gläubiger selbst der Verkäufer ist, vorgeschrieben.[rr]) Findet sich kein Käufer, und der Verpfänder ist nochmals vergeblich aufgefordert worden, das Pfand zu lösen, so erhält der Gläubiger auf Verlangen von dem Kaiser das Eigenthum des Pfands; nach dem zu ermittelnden Werth desselben bestimmt es sich, ob dadurch nur ein Theil seiner Forderung getilgt wird, oder ob er vielleicht etwas herauszubezahlen hat, was an andere Gläubiger oder an den Verpfänder fällt. Nun ist aber dem letzteren noch eine Frist von zwei Jahren (vor Justinian von einem Jahr) gegeben, innerhalb deren er das Pfand noch lösen, oder auch der Gläubiger (z. B. durch Annahme von Zinsen von dem Schuldner, ferner durch Verkauf) sein Recht fallen lassen kann, in welchem Fall der Zuschlag als nicht geschehen betrachtet wird. Erst nach Ablauf dieses biennium luitionis ist die Sache definitiv festgestellt, und das frühere Rechtsverhältniß ohne weiteren Einfluß.

---

nn) L. 4 C. de distr. pign. (8, 28.)

oo) So entscheidet denn auch Alexander, L. 2 C. si in causa iud. (8, 23.)

pp) L. 15 §. 3 D. de re iud. (42, 1.) Diese Addictio kann auch unter der missio in possessionem zu verstehen sein, welche (bei Grundstücken) L. 3 C. de execut. rei iud. (7, 53) erwähnt wird.

qq) L. 3 C. si in causa iud. (8, 23.)

rr) Cod. VIII. 34: de iure dominii impetrando.

Siebentes Kapitel.

Von den Servituten.

Allgemeine Natur der Servituten.

CCLII. Die iura in re, von denen in den beiden letzten Kapiteln die Rede war, gehören, wenn auch nicht ihrem Inhalt, doch ihrer rechtlichen Form nach, der Zeit einer schon bedeutend vorgeschrittenen Entwickelung des römischen Rechts an, keines derselben beruht auf dem Jus civile, es ist der prätorische Schutz, dem sie ihren Charakter verdanken. Aber es giebt ein ius in re, das wir, in einzelnen Formen wenigstens, bis nahe an die älteste Zeit hinaufrücken dürfen; es ist durch das Jus civile anerkannt, das einzige, welches auf diesem Recht beruht.

Dieß reflectirt sich in dem Namen, welcher dafür gebraucht wird, und der eine Vorstellung, die sich mit jedem ius in re verbinden läßt, ausdrückt. Wir können auf Sachen den Begriff der Freiheit anwenden, wenn sie keiner fremden Herrschaft unterliegen, eine natürliche Freiheit ist ihnen zuzuschreiben, wenn sie überall nicht dem Recht unterworfen sind, eine rechtliche, wenn nur dem Eigenthum, der Eigenthümer ist der Sache kein Fremder (wie wir ja auch unter einem freien Volk kein solches verstehen, das keinem Oberhaupt gehorcht). Dagegen ist die Sache im Zustand der Dienstbarkeit, res servit, wenn sie dem Recht eines Andern als ihres Eigenthümers unterworfen ist. Man könnte daher jedes ius in re eine servitus nennen, dieser Name ist nun wirklich dem ältesten, dem einzigen des Jus civile, beigelegt, aber es ist auch auf dieses beschränkt. Genau genommen war er in der That auf jene späteren Jura nicht in gleichem

Grad anwendbar. Die Ausübung des Rechts der Superficies, der Emphyteusis, des Pfandrechts hat eine äußere Aehnlichkeit mit der des Eigenthums; daß ein Fremder etwas mit der Sache vornimmt, tritt nicht so äußerlich hervor, als bei dem Nachbar, der über das Grundstück geht, oder einen Theil seines Hauses auf dem dienenden Gebäude ruhen läßt. Ja es giebt auch unter den Servituten solche, deren Ausübung sich äußerlich der des Eigenthums nähert, wo also der Zustand der Dienstbarkeit sich auch nicht so anschaulich darstellt, dieß sind die mit einer Detention der Sache verbundenen, die Personalservituten (s. unten); auch bei diesen, obwohl sie wirklich als Servituten behandelt und mit diesem Namen belegt werden, wird häufig die allgemeine Bezeichnung iura vorgezogen, und jener Name auf die übrigen, die zugleich als die älteren betrachtet werden dürfen, beschränkt.[a])

Von allen iura in re sind es die Servituten, die sich am reinsten von dem Eigenthum abheben und den bestimmtesten Gegensatz gegen dasselbe bilden. Es ist schon an einem andern Ort bemerkt worden, daß dieß auch in der Klage aus diesen Rechten hervortritt. Während die bisher vorgekommenen Rechte auch in dieser Hinsicht durch die Vindication der res corporalis, die aus ihnen entspringt, dem Eigenthum sich nähern, stehen die Servituten durch die auf das Recht selbst, die res incorporalis gerichtete Klage auch hier von ihm abgesondert.

Gehen wir zu dem Inhalt der Servituten fort, so läßt sich dieser theils von dem Einfluß aus, den sie auf die Rechte des Eigenthümers ausüben, theils in Beziehung auf die Befugnisse des Servitutberechtigten betrachten. In der ersten Hinsicht besteht die Beschränkung des Eigenthümers entweder darin, daß er etwas dulden muß, was er sonst vermöge des Eigenthums verhindern könnte (ut aliquid patiatur, servitutes in patiendo, affirmative oder positive Servituten), oder darin, daß er etwas nicht thun darf, was er außerdem als Eigenthümer thun dürfte (ut aliquid non faciat, servitutes in non faciendo, negative Servituten). Eine Servitut kann nicht den Inhalt haben, daß der Eigenthümer vermöge derselben etwas thun

---

a) L. 1 in f. D. de div. rer. (1, 8), L. 2 pr. D. si serv. vind. (8, 5.) Vgl. überhaupt die Titelrubriken des 7. und 8. Buchs der Digesten, und von XXXIII. 2 und 3.

müßte, es kann keine servitutes in faciendo geben.[b]) Dieß folgt aus ihrer Eigenschaft als Rechte an Sachen, vermöge deren ihr Inhalt nicht über das, was die Sache selbst gewährt, hinausgehen kann, die Sache leistet, was den Inhalt der Servitut ausmacht,[c]) die Function ihres Eigenthümers kann nur die sein, jene Leistung nicht zu verhindern; eine positive Leistung der Person als Inhalt einer Servitut würde voraussetzen, daß man die Person als Theil der Sache betrachtete.[d]) Man kann das Princip, aus dem jener Satz folgt, auch so ausdrücken. Ein Recht an einer fremden Sache beschränkt die Eigenthumsbefugnisse, alle Eigenthumsbefugnisse aber bestehen theils in der Disposition über die Sache, theils in der Ausschließung Anderer davon, Beschränkungen derselben können also nur ein non facere oder ein pati zur Folge haben, ein facere des Eigenthümers würde, um als Beschränkung des Eigenthums gelten zu können, eine Befugniß etwas zu unterlassen als Eigenthumsbefugniß voraussetzen, eine solche giebt es aber nicht. Damit ist natürlich nicht verwehrt, daß der Eigenthümer, der eine Servitut bestellt, sich daneben zu einer Leistung, z. B. den Weg, den er dem Andern über sein Grundstück verstattet, auszubessern verpflichte, und er (so wie alle, die in seine Obligationen succediren) kann in diesem Fall dazu

---

b) L. 15 §. 1 D. de servit. (8, 1): Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. — Vgl. über den Grundsatz auch Vangerow, Leitfaden für Pand.-Vorles. Bd. I S. 620 ff.

c) L. 6 §. 2 D. si serv. (8, 5): — servitutem non hominem debere, sed rem —.

d) Daß jemand als Eigenthümer (oder Besitzer) einer Sache zu einer Leistung verpflichtet ist, wie z. B. ad exhibendum, oder zu öffentlichen Abgaben rc., ist dadurch nicht ausgeschlossen, sondern nur daß dieses der Inhalt eines Rechts an der Sache sei. Eine servitus in faciendo würde eine Dienstbarkeit der Person in sich schließen, wie denn auf diesem Weg gewisse Institute des deutschen Rechts (die s. g. Reallasten, die solche persönliche Leistungen enthalten) entstanden sind, und von denen es kein Wunder ist, wenn sie in den Tagen der Gegenwart, abgetrennt von ihrer ursprünglichen Wurzel, ein fremdartiges, der Bemühungen, sie mit den jetzt geltenden Rechtsansichten in Einklang zu bringen, spottendes Ansehen haben. — An das Princip, die Menschen als Bestandtheil der Güter zu betrachten, welches eine servitus in faciendo allein möglich machen könnte, streift schon ganz nahe der unter den Imperatoren aufgestellte Satz, die Eigenthümer für die Abgaben ihrer Vorgänger haften zu lassen (§. 250 Note aa), ein Grundsatz, welcher den politischen Zuständen jener Zeit nicht unangemessen war.

angehalten werden, aber nur mit der persönlichen Klage, die aus jener Obligatio entspringt, nicht mit der in rem actio aus der Servitut, zu deren Inhalt jene Pflicht nicht mit gehört, und diese Pflicht kann eben darum auch nicht gegen jeden geltend gemacht werden, welcher der Servitutenklage unterworfen ist.[e])

Fassen wir nun den Inhalt der Servituten für den Berechtigten ins Auge, den Vortheil, den sie diesem gewähren, so begegnet uns vor allem als ein wesentliches Princip das Erforderniß, daß dieser die Richtung auf ein bestimmtes Subject haben muß, dessen Bedürfnissen die Servitut entgegenkommt. Daher ist jede Servitut mit einem bestimmten Subject verbunden, von dem sie nicht abgetrennt und auf ein anderes übertragen werden kann, die Trennung ist nur so möglich, daß die Servitut selbst untergeht (§. 257). Deshalb hat denn auch das Subject einen wesentlichen Einfluß auf die Natur und den Inhalt der Servitut selbst. Wie sich zwei Classen von Subjecten denken lassen, mit denen die Servitut verknüpft sein kann, so giebt es auch zwei Classen von Servituten, die neben dem, was ihnen als Servituten gemeinschaftlich ist, hinwieder eine verschiedene Natur haben. Das Subject kann nämlich 1) eine individuelle Person sein, deren persönliches Bedürfniß durch die Servitut befriedigt werden soll, 2) der Eigenthümer eines Grundstücks als solcher, daher gewissermaßen das Grundstück selbst, so daß der Inhalt der Servitut ein Vortheil ist, der diesem Grundstück, also dem jedesmaligen Eigenthümer desselben als solchem gewährt wird. Im ersten Fall ist die Servitut servitus hominis oder personae oder

---

e) Es giebt eine Servitut, nach welcher der Eigenthümer auf seiner Mauer oder Säule ein fremdes Gebäude ruhen lassen muß (servitus oneris ferendi); der Eigenthümer der Mauer übernimmt die Erhaltung derselben in tragbarem Stand. Aquilius Gallus wollte auch darauf den obigen Grundsatz anwenden, anders Servius, dessen Ansicht die herrschende ward: die refectio parietis kann mit der Servitutenklage gefordert werden, nur hielt man auch hier als Folge des Princips fest, daß der Eigenthümer sich durch Dereliction der Mauer befreien, und daß er nicht genöthigt werden könne, das fremde Haus während der Herstellung seiner Mauer zu stützen, L. 6 §. 25, L. 8 pr. §. 2 D. si serv. (8, 5), L. 33 D. de serv. pr. urb. (8, 2.) Der juristische Grund (der auch in der letzten Stelle angedeutet ist) besteht darin, daß das Gewähren der dienenden Sache nicht als facere in jenem Sinn angesehen werden kann, sonst würde jede Servitut ein facere enthalten; der Eigenthümer stellt eine taugliche Mauer als Gegenstand der Servitut, taugt sie nicht mehr, so stellt er eine andere, die ausgebesserte.

personalis, im zweiten Fall servitus rei oder praedii (Realservitut).[f] Es begreift sich, daß der Inhalt der Servitut ein anderer sein wird, jenachdem er die Bestimmung hat, einem persönlichen oder einem sachlichen Bedürfniß zu dienen.[g] Eines von beiden aber wird bei jeder Servitut vorausgesetzt, ohne einen Vortheil der einen oder der andern Art zu gewähren, ist keine Servitut denkbar.[h]

Was aber die Beschaffenheit des Vortheils anlangt, der durch die Servitut gewährt wird, so bezieht es sich auf die Benutzung der Sache. Die Servitut enthält also die mehr oder weniger beschränkte Benutzung der unterworfenen Sache zum Vortheil eines bestimmten Subjects. Für diese in Beziehung auf ein bestimmtes Subject gestellte Benutzung hat die römische Sprache ein besonderes Wort: usus;[i] der wesentliche Inhalt der Servituten läßt sich daher so

---

f) L. 1 D. de servit. (8, 1), L. 4. 20 §. 3 D. de serv. pr. rust. (8, 3) u. a. Es kommt auch der Ausdruck vor: servitus constituitur in personam und in rem, L. 12 D. de annuis leg. (33, 1), d. h. die Servitut ist im ersten Fall auf eine bestimmte Person, im zweiten auf eine unbestimmte, nämlich den jedesmaligen Eigenthümer einer bestimmten Sache gestellt.

g) Weil gewisse Befugnisse, die als Inhalt einer Realservitut vorkommen, z. B. Gehen, Wasserschöpfen zc., auch als Personalservitut denkbar sind, s. z. B. L. 14 §. 3 D. de alim. leg. (33, 1), hat man sich wohl des Ausdrucks bedient: Realservituten könnten auch als Personalservituten bestellt werden, nur nicht umgekehrt. Dieser Ausdruck selbst ist augenscheinlich verkehrt, aber wenn wir ihn auch auf den **Inhalt** der Realservituten rectificiren, enthält er einen Irrthum, denn auch dem Inhalt nach ist ein anderes, für ein Grundstück, ein anderes, für persönliches Bedürfniß Wasser zu schöpfen.

h) L. 15 pr. D. de servit. (8, 1): Quotiens nec hominum nec praediorum servitus interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas, et ideo si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur, aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia. Man hat unnöthigerweise an L. 19 D. eod.: ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit, quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt, Anstoß genommen, während die Stelle nur von dem Princip ausgeht, daß bei Realservituten der Vortheil nicht ein persönlicher, sondern ein sachlicher ist, der sich denken läßt, wenn auch der jetzige Eigenthümer der Sache bei dem Gebrauch, den gerade er jetzt davon macht, keinen Nutzen daraus zieht. Vgl. auch Vangerow, Leitfaden Bd. I S. 625 ff.

i) Vgl. L. 203 D. de V. S. (50, 16), L. 28 D. de auro argento (34, 2), L. 18 pr. D. de his quae ut ind. (34, 9), besonders aber Dig. VII. 8: de usu etc.

ausdrücken, sie bestehen im usus einer fremden Sache; nur bei einer einzigen Servitut geht der Inhalt darüber hinaus, und erstreckt sich auf die Benutzung, welche mit dem Wort fructus bezeichnet wird. Diese beiden für die Servitutenlehre wichtigen Begriffe sollen jetzt noch näher erörtert werden.

Man kann bei der Benutzung einer Sache den Bezug der Erzeugnisse, die sie hervorbringt, z. B. der Früchte eines Landguts, und den sonstigen Gebrauch, der sich davon machen läßt, z. B. das Bewohnen eines Hauses, die Anwendung eines Pferds zum Ziehen oder Tragen, unterscheiden. Damit nun, könnte man denken, wäre jener Unterschied von fructus und usus ausgedrückt. Dem ist aber nicht so. Denn auf der einen Seite bezieht sich das usus auch auf die Früchte,[k]) auf der andern der fructus auf den übrigen Gebrauch, die Vermiethung des Hauses, des Pferdes rc. ist ein fructus, der aus der Sache bezogen wird.[l]) Die juristischen Begriffe usus und fructus sind daher von jener Unterscheidung unabhängig, und haben vielmehr folgenden Inhalt. Usus heißt die Benutzung einer Sache für ein bestimmtes Subject, dessen Bedürfniß und zwar unmittelbar durch die Sache selbst befriedigt werden soll; es liegt darin zweierlei: Beschränkung auf das Bedürfniß dieses Subjects und Gewährung durch die Sache und ihre Kräfte selbst, ohne Umsatz dieser in ein anderes Object. Beides z. B. trifft zusammen bei der eigenen Bewohnung eines Hauses, während bei der Vermiethung zwar das erste noch denkbar wäre, aber das zweite wegfällt, indem der von dem Haus unmittelbar gewährte Vortheil in einen andern (das Geldäquivalent) umgesetzt wird. Nach den zwei Classen von Servituten kann das Subject entweder eine Person oder ein Grundstück sein. Wenn der Inhalt einer Realservitut auf Erzeugnisse geht, z. B. auf Mineralien oder Vegetabilien, welche die dienende Sache hervorbringt, so liegt in der Servitut, da sie sich auf den usus beschränkt, nur das Recht, sie unmittelbar und in ihrer eigenen Gestalt für das Grundstück zu verwenden, nicht sie zu verkaufen oder sonst

---

k) L. 18 pr. D. de his quae ut ind. (34, 9): — quod si fructus in usu habuit — im Gegensatz zu dem, der die Früchte verkauft hat. L. 12 §. 1, L. 15 pr. D. de usu (7. 8).

l) L. 36 D. de usur. (22, 1): praediorum urbanorum pensione pro fructibus accipiuntur. L. 39 §. 1 D. de legat. I (30), L. 29 D. de H. P. (5, 3.)

in Geld umzusetzen, denn dieß würde nicht mehr usus, sondern fructus sein.[m]) Fructus dagegen ist die Benutzung, welche über den usus hinausgeht, betreffe sie übrigens die natürlichen Erzeugnisse der Sache (natürliche Früchte), oder den sonstigen Gebrauch, insofern er durch Umsatz productiv gemacht wird (Note l); quae fructuum vice sunt, pro fructibus accipiuntur (juristische Früchte, man nennt sie fructus civiles, bei den Römern kommt dieser Ausdruck nicht vor). Gegenüber dem usus stellt sich der fructus als ein Gewinn dar, der aus der Sache bezogen wird,[n]) aber auch der fructus hat eine Gränze, sie liegt in der Natur der Sache und der ihr gegebenen Bestimmung, nur der dieser entsprechende Gewinn ist fructus.[o])

Diese Eigenschaft der Servituten, daß sie auf den usus gehen, macht sie untheilbar,[p]) was als Inhalt einer Servitut festgestellt ist, kann weder theilweise gegeben, noch theilweise aufgehoben werden,[q]) darum kann die Servitut auch nicht an einem ideellen Theil der Sache bestellt, noch verloren werden; wie ich daher eine Servitut an der Sache, deren Miteigenthümer ich bin, nicht erwerben kann (denn da ich kein ius in re an meiner eigenen Sache haben kann, könnte ich sie nur an dem Theil, der mir nicht gehört, erwerben, dieß aber ist unmöglich), so geht die Servitut nicht unter, wenn der

---

m) L. 5 §. 1, L. 6 D. de serv. praed. rust. (8, 3): — ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit; — veluti si figulinas habeant, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur — vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si ut vasa venirent figulinae exercerentur, ususfructus erit —. (Vgl. jedoch v. Scheurl, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XV Num. 2 [1848], welcher diese Beschränkung des usus nur für Prädialservituten anerkennt und gegen Scheurl's eigene Unterscheidung zwischen usus und fructus [Gebrauch als Mittel oder Zweck] wieder Brinz, notamina ad usum fructum 1849. R.)

n) Compendium L. 59 §. 2 D. de ususfr. (7, 1). L. 12 §. 1 D. de usu (7, 8).

o) S. oben §. 242 Note ii und kk. Diese Schranke drückt auch L. 26 D. de usur. (22, 1) aus: venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet, d. h. die Entscheidung hängt von der dem Fundus gegebenen Bestimmung ab.

p) Pompon. L. 17 D. de servit. (8, 1): — usus earum indivisus est —. Ein anderes Fragment des Pomponius (Bd. I §. 104 Note cc): et servitutes dividi non possunt, nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam eius corrumpat.

q) L. 17 cit. L. 2. 6. 8 §. 1, L. 16 D. quemadm. serv. amitt. (8, 6.)

Berechtigte Miteigenthümer der Sache wird (denn sie würde nur zu diesem Theil untergehen, dieß ist aber durch ihre Unheilbarkeit ausgeschlossen.)[r] Einer von mehreren Miteigenthümern der Sache kann keine Servitut bestellen, denn er könnte es nur zu seinem Theil, streng genommen wäre in diesem Fall eine Bestellung überall unzulässig, man hat aber eine Bestellung durch alle Miteigenthümer, in demselben Act oder successiv, zugelassen, und dasselbe gilt von Miteigenthümern des Grundstücks, für welches die Servitut bestellt werden soll.[s] Diese Untheilbarkeit gilt nicht bloß von den Realservituten, sondern auch von dem usus als Personalservitut,[t] es ist undenkbar, z. B. den ideellen Theil eines Hauses zu bewohnen, oder auch den Act des Wohnens selbst zum Theil vorzunehmen. Dagegen ist fructus etwas theilbares, die Emolumente, in denen der Fructus besteht, lassen sich von einem ideellen Theil der Sache, und sie selbst lassen sich getheilt denken, darum ist der Usufructus die einzige Servitut, die theilbar ist, zum Theil und an einem Theil der Sache entstehen und untergehen kann.[u]

Die Benutzung, die den Inhalt der Servitut ausmacht, haben wir als usus erkannt, darin liegt die Bestimmung der Servitut für ein gewisses Subject, die zu ihrem Begriff gehört,[v] und sie von andern Rechten auf Benutzung (Superficies und Emphyteusis) unterscheidet, damit aber zugleich die Unveräußerlichkeit. Wenn eine Servitut, der Usufructus, ein von dem usus verschiedenes Element in sich trägt, das an und für sich eine Beziehung auf ein bestimmtes Subject nicht enthält, und daher auch der Veräußerlichkeit nicht widersprechen würde, so ist doch auch hier das Wesen der Servitut festgehalten, die Uebertragung des Rechts auf einen Andern ausgeschlossen worden, nur den Einfluß hat die Mischung mit jenem Element gehabt, daß die Ausübung des Usufructus an einen Andern (durch Schenkung, Verkauf, Vermiethung rc.) überlassen werden

r) L. 6 §. 3 D. comm. praed (8, 4), L. 8 §. 1 D. de servit. (8, 1.)

s) L. 2. 11 D. de servit. (8. 1), L. 18 D comm. praed. (8, 4), L. 32 D. de serv. pr. rust. (8, 3.)

t) L. 19 D. de usu (7, 8).

u) L. 5 D. de usufr. (7, 1), L. 1 §. 9 D. ad L. falcid. (35, 2.)

v) Diesen unterscheidenden Bestandtheil des Begriffs der Servitut („zum Vortheil einer bestimmten Person oder Sache") im Gegensatz zu Superficies und Emphyteuse hat zuerst mit Entschiedenheit ausgesprochen Löhr, Magazin für Rechtswiss. III (1820) S. 488 ff.

kann.[w]) Mit jenem Wesen der Servituten hängt auch der Grundsatz zusammen: servitus servitutis esse non potest.[x]) Ein Usus am Usus wäre wörtlich ohndieß ein Absurdum (z. B. Bewohnen meines Bewohnens), denkt man sich aber die Servitut als einen von der Servitut veräußerten Bestandtheil, so ist dieß unmöglich theils wegen der Untheilbarkeit, theils insonderheit wegen Untrennbarkeit des Usus von dem Subject. Eben so wenig läßt sich ein Fructus am Usus (also ein Usufructus an irgend einer andern Servitut) denken, weil dieß nicht ohne den Usus selbst zu verwandeln möglich wäre, und wenn endlich factisch Fructus vom Fructus sich wohl als eine Möglichkeit darstellt, so ist doch auch dieses ausgeschlossen, da es eine partielle Veräußerung des Usufructus wäre, die bei dieser so wenig als bei andern Servituten zugelassen ist.

Servitutes praediorum.

CCLIII. **Servitut ist das Recht auf Benutzung einer fremden Sache für ein individuell bestimmtes Subject. Dieses Subject kann ein Grundstück sein. Die Servitut besteht hier zwischen zwei Grundstücken, von denen das eine, für welches sie bestimmt ist, das herrschende (praedium dominans), das andere, welches ihr unterworfen ist, das dienende (pr. serviens) genannt zu werden pflegt. Diese Realservituten sind Servituten für Grundstücke an Grundstücken. Darin liegen die drei Grundprincipien, von denen ihre Existenz und ihre rechtliche Beurtheilung abhängt: 1) daß der Vortheil, in dem sie bestehen, dem herrschenden Grundstück, 2) daß er von dem dienenden Grundstück gewährt werden muß (auf beides bezieht sich der**

w) L. 12 §. 2 D. de usufr. (7, 1): Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest, nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur (es ist ein Usus des Aequivalents, in das nach der Eigenthümlichkeit des Fructus der ursprüngliche Gegenstand umgesetzt werden kann) —. Fragm. vat. 41. L. 66 D. de iure dot. (23, 3): — ut ipsum quidem ius remaneat apud maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

x) L. 33 §. 1 D. de serv. pr. rust. (8, 3), L. 1 D. de usu et usufr. leg. (33, 3.) In der ersten Stelle ist von einer bestehenden Servitut die Rede, an welcher der Berechtigte nicht wieder eine Servitut bestellen kann, in der zweiten von einem usus oder ususfructus an einem Recht zu gehen ꝛc., das gar noch nicht als Servitut existirt, sondern nur erst als Gegenstand jenes Usus ꝛc. entstehen sollte.

Satz, daß der Servitut eine perpetua causa zu Grunde liegen soll), 3) daß beide Grundstücke in einem örtlichen Verhältniß zu einander sich befinden müssen, das diese Gewährung des Vortheils von dem einen an das andere möglich macht. Diese Grundsätze sollen nun näher erörtert werden.

1) Eine Realservitut ist nur für ein Grundstück möglich. Nur wer ein Grundstück hat, kann eine solche Servitut erwerben.[a]) Und ihr Inhalt muß von der Beschaffenheit sein, daß dadurch dem herrschenden Grundstück ein Vortheil zugeht, daß sein Gebrauch dadurch erhöht wird. Ein Vortheil, der dem Eigenthümer des Grundstücks nicht als solchem, sondern in anderen Beziehungen bestellt wird, kann nie als Realservitut behandelt werden. Wenn z. B. der Eigenthümer eines Grundstücks ein Handwerk betreibt, um dessen willen er sich von seinem Nachbar das Recht bestellen läßt, auf dessen Grundstück irgend etwas vorzunehmen (etwa weil es ihm auf seinem eigenen an Raum gebricht), so kann dieses Recht eine Forderung, es kann auch eine Personalservitut, niemals aber eine Realservitut sein, so wenig als das Recht, in seines Nachbarn Garten spazieren zu gehen.[b]) Dieses Princip entscheidet auch über das Maß der Servitut, der Umfang ihrer Ausübung ist stets auf das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks beschränkt. Wer z. B. das Weiderecht als Realservitut hat, kann davon nur das Vieh, welches zum Betrieb der Landwirthschaft auf dem herrschenden Gut gehört, nicht für anderes Gebrauch machen, wer das Recht hat, Wasser zu leiten, kann es nur für das herrschende Grundstück, nicht für ein anderes (sei es ein fremdes oder sein eigenes).[c]) Das Maß der Servitut also kann nie über das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks hinausgehen, natürlich kann es aber unter demselben bleiben, die Servitut kann

a) L. 1 §. 1 D. comm. praed. (8, 4.)

b) L. 8 pr. D. de servit. (8, 1): Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. L. 5. 6 D. de serv. pr. rust. (8, 3.)

c) L. 5. 6 cit. Pompon. L. 24 eod.: Ex meo aquaeductu Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare, Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possim. Proculi sententia verior est. Ein Anderes ist der Abfluß des Wassers von dem herrschenden Grundstück, nachdem es hier seine Dienste gethan hat, wenn dieser Ueberschuß nicht durch eine Vergrößerung des Wasserbezugs erreicht wird, L. 1 §. 16 D. de aqua (43, 20.)

mit Beschränkungen gegeben werden. Auch wenn die Servitut unbeschränkt gegeben ist, soll sie mit Schonung des dienenden Grundstücks und der Interessen des Eigenthümers, soweit dieß ohne erhebliche Schmälerung des beabsichtigten Vortheils geschehen kann, sie soll civiliter ausgeübt werden.[d]) Nach diesen Grundsätzen über das Maß der Servitut entscheidet sich auch die Frage, inwiefern der Eigenthümer des dienenden Grundstücks aus der gleichen, dem Andern eingeräumten Benutzung verdrängt wird. Es ist klar, daß der Eigenthümer zurückstehen muß, wo seine Benutzung die dem Servitutberechtigten seinem Recht gemäß zustehende und in ihren vertragsmäßigen oder gesetzlichen Schranken bleibende schmälern würde, somit reducirt sich die Frage auf die facti quaestio, ob in dem vorliegenden Fall die Handlung des Eigenthümers sich mit dem Recht der Servitut verträgt, was allerdings das Gewöhnliche ist, weil der Bezug des Vortheils für das herrschende Grundstück die Kräfte des dienenden regelmäßig nicht erschöpfen wird.

Wenn der Inhalt der Servitut, wie wir gesehen haben, wesentlich durch das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks bestimmt wird, so muß auf seine Gestaltung die Verschiedenheit der Grundstücke selbst und ihrer Bestimmung einen entscheidenden Einfluß haben, die Servituten müssen nach diesem Umstand selbst dem Inhalt nach verschieden sein. Dieß ist die wahre Bedeutung ihrer Eintheilung in servitutes praediorum rusticorum und urbanorum.[e]) Schon dadurch ist es klar, daß die Ausdrücke praedia rustica und urbana hier nicht nach der Lage der Grundstücke genommen werden, denn dieser würde nicht jener Einfluß zukommen, sondern nach der Bestimmung, die sie haben, praedia urbana sind Gebäude, praedia rustica gebäudelose Plätze, und wenn beides in dem herrschenden Grundstück zusammentrifft, so wird es darauf ankommen, auf welchen Theil des Grundstücks der Inhalt der Servitut sich allein oder vornehmlich bezieht (vgl. §. 223 Note f).[f]) Es folgt aber

---

d) L. 9 D. de servit. (8, 1), L. 20 §. 1 D. de serv. pr. urb. (8, 2.)

e) In L. 1 D. si servit. (8, 5) heißen sie servitutes rusticae und urbanae.

f) Ist die servitus altius non tollendi zum Besten eines Hauses gegeben, an dem ein Hof oder Garten sich befindet, so ist sie dennoch praedii urbani, und die servitus calcis coquendae ist praedii rustici, auch wenn man dabei die Herstellung der Wirthschaftsgebäude des Landguts im Auge hat, denn sie

ferner aus jenem innern Sinn der Eintheilung, daß sie sich nach der Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks bestimmt, denn das Bedürfniß dieses ist es, welches der Servitut zunächst ihren Inhalt giebt.[g]) Endlich ist diese Eintheilung nicht eine bloß äußerliche, sie afficirt den Inhalt der Servituten selbst, sowenig man daher sagen kann, daß eine Realservitut sich als Personalservitut bestellen läßt (§. 252 Note g), eben so wenig, daß eine servitus rustica als urbana vorkommen könne und umgekehrt. Gewisse Befugnisse, z. B. Gehen, Wasserleiten, können Inhalt der einen und der andern Art von Servituten,[h]) aber dieser Inhalt wird in beiden Fällen keineswegs oder nur zufällig identisch sein, und es wäre ganz unrichtig, die Servitut, wodurch ich mir Wasser in die Küche, und die, wodurch ich mir die Bewässerung meiner Wiese verschaffe, als eine und dieselbe servitus aquaeductus zu behandeln.[i]).

---

werden hier als Accession des praedium rusticum betrachtet, und dieses ist es, welches in ihnen jenen Vortheil empfängt.

g) Wie servitutes personarum die sind, welche Personen, und servitutes praediorum die, welche Grundstücke, so servitutes praediorum rusticorum rc. die, welche praedia rustica rc. zum Subject haben, L. 1 D. de servit. (8, 1.) Die Stellen, die man für einen abweichenden Sprachgebrauch (Benennung nach dem dienenden Grundstück) anzuführen pflegt, enthalten einen solchen keineswegs, vgl. Unterholzner, Verjährungslehre II §. 191. — Aus einem andern Gesichtspunkt als die hier besprochene ist die Unterscheidung in L. 3 D. de servit.: servitutes praediorum aliae in solo aliae in superficie consistunt, geflossen, von der sich Anwendungen in L. 20 pr. D. de serv. pr. urb. (8, 2), L. 13 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3) finden. Wie es scheint, sind unter den letzteren solche gemeint, die an der superficies hervortreten, und sich an ihr gleichsam verkörpern, indem sie ihr eine besondere Gestalt geben, wie dieß bei dem tiguum immissum, dem stillicidium, überhaupt bei den allermeisten servitutes praediorum urbanorum der Fall ist.

h) L. 11 §. 11 D. de public. act. (6, 2), vgl. unten Note s. — Schwierigkeit macht L. 2 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3): Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere. Bei diesen Servituten wird offenbar ein Gebäude als herrschendes Grundstück vorausgesetzt. Entweder hat der Jurist rusticorum im bloß örtlichen Sinn genommen, oder er hat den Fall im Auge gehabt, daß der Eigenthümer eines Platzes sich eine Servitut für den Fall eines künftig zu errichtenden Gebäudes bestellen läßt, L. 23 §. 1 D. de serv. pr. urb. (8, 2.)

i) Die richtige Auffassung der Eintheilung besteht in der Verbindung des äußeren und inneren Moments derselben, sie hängt von der Einsicht ab, daß das erste (die Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks, maßgebend ist für das zweite (den Inhalt der Servitut), daß eine Servitut, jenachdem sie rustici oder urbani praedii ist, auch einen verschiedenen Gehalt hat. Gewöhnlich hält man

Es sollen hier sogleich die vornehmsten Fälle, welche in unseren Quellen für die eine und für die andere Classe von Servituten vorkommen, angegeben und erklärt werden.

Unter den servitutes praediorum rusticorum werden vier besonders hervorgehoben, die sich auf die allerersten und einfachsten Bedürfnisse beim Landbau beziehen: iter, actus, via, aquaeductus.[k]) Die ersten drei haben das mit einander gemein, daß sie den Zugang zu dem herrschenden Gut gewähren, sie sind Wegservituten, aber verschiedenen Inhalts.[l]) Unter iter wird das bloße Gehen von Menschen oder Thieren, auch von beladenen Menschen und Thieren (daher auch Reiten) verstanden (wenn nicht etwa die eine oder andere dieser Befugnisse besonders bei der Bestellung ausgenommen worden ist), nur hat man sich bewogen gefunden, das aufrechte Tragen einer Stange (hastam rectam ferre) auszuschließen, der Gefahr für die Bäume wegen. Im actus liegt das Recht, Vieh zu treiben, ledig oder angespannt, also zu fahren (iumenta, vehiculum agere, ducere), doch nur mit einem ordentlichen Wagen, nicht mit einer Schleife (lapidem aut tignum trahere). Die gewöhnliche Bezeichnung für den vollen Actus war iro agere, aber auch wenn bei der Bestellung bloß der actus genannt wird, soll das iter stillschweigend darin begriffen sein, ja es soll nie ein actus sine itinere angenommen werden.[m]) Im Iter und Actus liegt aber auch

---

sich bloß an das Aeußerliche. Dagegen haben sich Einige mit Recht erklärt, und eine innere Beziehung gesucht (Stever, de serv. praed. [1817], v. Vangerow, Leitfaden I S. 361 ff.), aber sie sind in den entgegengesetzten Irrthum gerathen, das äußere Moment ganz fallen zu lassen. Sie substituiren der römischen eine Eintheilung in Servituten, vermöge deren man 1) etwas auf dem dienenden Grundstück hat, 2) etwas verbietet, 3) etwas thut; 1 und 2 hätten die Römer wunderlicher Weise servitutes praediorum urbanorum, 3 dagegen serv. pr. rusticorum genannt.

k) L. 1 D. de serv. pr. rust. (8, 3.)

l) L. 1 cit., L. 7. 8. 12. 13. 23. pr. 26. 28 D. eod. Vgl. Puchta über die Wegservituten, Kleine civil. Schriften. 1851. S. 74 ff. — Eine vierte Wegservitut ist die servitus navigandi, die in L. 23 §. 1 eod. erwähnt wird.

m) Dieß ist die Ansicht des Paulus, L. 1 D. de alim. leg. (34, 4): qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia nunquam actus sine itinere esse potest, er behandelt diesen Fall, wie Florentinus einen andern, L. 14 §. 1 eod.: quibus ex causis datio legati inutilis est, ex iisdem causis etiam ademtio inefficax habetur, veluti si viam pro parte adimas, aut pro parte liberum esse vetes. Der Grund ist, daß es eine Thorheit wäre, wenn man den Herrn z. B., der seinen Knecht mit dem Wagen vorausgeschickt hat, verhindern wollte, allein nachzugehen, ihn also zwingen, einen zweiten

nichts als das Recht, diese Handlungen, von denen die Servituten den Namen haben, auf dem dienenden Grundstück vorzunehmen, nicht die Befugniß, eine Straße anzulegen, nur daß freilich nach dem allgemeinen Grundsatz, wonach mit der Servitut auch die Mittel ihrer Ausübung gegeben sind, der Berechtigte Hindernisse entfernen, den Ort gang- oder fahrbar machen, und in diesem Zustand erhalten kann;[n]) darum lassen sich iter und actus so denken, daß kein bestimmter Platz für ihre Ausübung, keine bestimmte einzuhaltende Richtung vorgezeichnet wird, obwohl, wenn es der Vortheil des dienenden Grundstücks erheischt, eine solche Determination zu vermuthen ist.[o]) Aber es kann mit der Servitut auch das Recht eines angelegten Wegs, eine Straße, verbunden sein, ist dieß bei dem vollständigen Actus der Fall, so heißt die Servitut (servitus viae.[p]) Die via enthält, was die Wegbenutzung anlangt, das vollständige ius eundi agendi,[q]) nur kommt noch das Recht eines hergerichteten Wegs hinzu, wodurch sich diese Servitut von dem Actus schlechtweg unterscheidet. Daraus erklärt sich, warum man hier dem Berechtigten auch das Schleifen gestattete, er schadete durch eine solche Benutzung nicht dem Eigenthümer, sondern nur sich, wenn er seinen Weg dadurch ruinirte. Auch das hastam rectam ferre wurde ihm verstattet, wenn nur bei der Anlegung der Straße dafür gesorgt war, daß dadurch die Bäume nicht gefährdet wurden.[r]) Ist die Breite der

---

Wagen zu nehmen, oder den ersten wieder kommen zu lassen, um ihn abzuholen. Dagegen sagt Ulpian, L. 4 §. 1 D. si servit. (8, 5): qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur (mit der Intentio: si paret ius agendi actoris esse, es ist, will er sagen, nicht nothwendig, das eundi dazu zu setzen). Er giebt also die Möglichkeit jener Beschränkung zu, oder läßt es wenigstens dahingestellt, daß man diese Meinung haben könne. (Ueber die verschiedenen Erklärungen jener Stellen vgl. Vangerow, Leitfaden I S. 652.)

n) Daher das interdictum de itinere actuque reficiendo in diesem Fall stattfindet, L. 3 §. 11 D. de itin. (43, 19.)

o) L. 13 §. 1 D. de serv. pr. rust. (8, 3), L. 6 D. quemadm. serv. amitt. (8, 6.)

p) L. 23 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3.)

q) Daher gilt „iter et actus" auch als Ausdruck für die via, so wenn jemand die Bestellung einer via stipulirt hat, und die Acceptilation, wodurch diese Verbindlichkeit getilgt werden soll, auf iter et actus gerichtet wird, gilt dieß, wie wenn das Wort via gebraucht worden wäre, L. 13 §. 1 D. de acceptil. (46, 4.) Ferner das Interdict de itinere actuque privato bezieht sich auch auf die via; endlich wurde bei der Klage die Intentio ohne Zweifel auf das ius eundi agendi gerichtet.

r) L. 7 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3.)

via nicht bei der Bestellung festgesetzt, so wird die Bestimmung der Zwölf Tafeln über öffentliche Wege (§. 223 Note ff) angewendet, wonach die via geradeaus 8 Fuß, wo sie ein Knie macht, 16 Fuß breit sein soll.[s])

Das herrschende Grundstück mittelst des dienenden mit Wasser zu versehen, ist der Inhalt mehrerer Servituten, von denen die wichtigste die servitus aquaeductus ist. Der allgemeine Inhalt derselben ist das Recht, Wasser über das dienende Grundstück auf das herrschende zu leiten, dieses iter aquae begreift natürlich das Recht, Rinnen anzulegen von der Beschaffenheit, wie es der Zweck erheischt.[t]) Das Wasser kann anderswoher kommen, so daß das dienende Grundstück nur den Boden für die Leitung gewährt, aber die Servitut kann überdieß den besonderen Inhalt haben, daß das Wasser von dem Grundstück selbst genommen wird (§. 254 Note b). Diese letztere Befugniß läßt sich nun auch ohne die erste denken, indem das Recht gegeben wird, Wasser zu holen, ohne es zu leiten, dieß ist der Inhalt der servitus aquaehaustus,[u]) oder das Recht, das zur Bewirthschaftung des herrschenden Grundstücks dienende Vieh zur Tränke hinzuführen. Auf weniger allgemeine Bedürfnisse beziehen sich das Recht, Mineralien aus dem dienenden Grundstück zu holen (servitus cretae eximendae, arenae fodiendae, lapides eximendi u. s. f.), Vieh zur Weide hinzuführen, servitus pascendi oder pascui.[v]) Auch eine negative Servitut wird erwähnt: si concedas mihi, ius

---

s) L. 8. 23 pr. D. eod., Varro de L. L. VII. 15 (Müll.): — anfractum est flexum, ab origine duplici dictum, ab ambitu et frangendo: ab eo leges iubent in directo pedum VIII esse, in anfracto XVI, id est in flexu. — Die ganze Theorie der Wegservituten ist zunächst für dieselben als servitus praediorum rusticorum bestimmt, kann also nicht schlechthin auf den Fall angewendet werden, wenn eine Wegservitut für ein praedium urbanum bestellt wird; für das interdictum de itinere ist dieß sogar ausdrücklich bemerkt, L. 1 §. 1 D. de itin. (43, 19): — pertinens ad rusticas tantummodo servitutes.

t) L. 17 §. 1 D. de aqua pluv. (39, 3), Tit. D. de rivis (43, 21).

u) L. 3 §. 3 D. de serv. pr. rust. (8, 3.)

v) L. 3 pr. 4. 6 §. 1 D. eod. Diese Servitut war bei den Römern seltner wegen des Instituts der öffentlichen Weiden, pascua, auf deren Benutzung die Grundeigenthümer gegen eine Abgabe Anspruch hatten. Und wo dieß nicht ausreichte, pflegte man sich durch Pachtung das Weiderecht auf Privatgrundstücken zu verschaffen, Cato de R. R. 149: Qua lege pabulum hibernum venire oporteat. (Vgl. (Rudorff) Vorrede zum Berliner Sommerkatalog 1846. R.)

tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere minuendae meae aquae gratia.[w])

Die servitutes praediorum urbanorum sind darauf berechnet, Gebäuden durch die Beschränkung anderer Grundstücke (seien diese ebenfalls Gebäude oder nicht) gewisse Vortheile zu verschaffen oder zu erhalten. Die Beschränkung des dienenden Grundstücks kann darin bestehen, daß es einen Theil des herrschenden Gebäudes tragen oder in seinem Bereich dulden muß, wie es bei der servitus oneris ferendi der Fall ist (§. 252 Note e), ferner bei der servitus tigni immissi, die das Recht giebt, Balken oder Steine des herrschenden Gebäudes in die fremde Wand einzuschieben,[x]) sodann bei der servitus proiiciendi und protegendi, mit einem Vorsprung des Gebäudes den fremden Luftraum zu occupiren.[y]) Am nächsten liegen diesen die Servituten, bei denen eine Vorrichtung auf dem fremden Grundstück dem unsrigen Licht oder Aussicht verschafft.[z]) Das Bedürfniß, das Regenwasser, den Rauch, den Unrath fortzuschaffen, führt auf die servitus stillicidii, die den Nachbar nöthigt, den Tropfenfall (stillicidium) oder den gesammten Strom des Regenwassers (flumen) aufzunehmen, verbunden mit einer servitus protegendi oder proiiciendi),[aa]) die servitus fumi immittendi, cloacae.[bb]) — Es kann aber für ein Gebäude auch schon dieß ein erheblicher Vortheil sein, daß der Nachbar etwas unterläßt, z. B. das Bauen, oder Höherbauen, oder andere Vorrichtungen, wodurch Licht, Aussicht, oder sonstige mit dem gegenwärtigen Zustand verknüpfte Vorzüge eines Gebäudes verringert werden können. Darauf beziehen sich die servitutes altius non tollendi, ne luminibus officiatur, ne prospectui officiatur.[cc])

---

w) L. 15 pr. D. de servit. (8, 1.)

x) L. 2 D. de serv. pr. urb. (8, 2), L. 8 §. 1. 2 D. si serv. (8, 5.)

y) L. 2 cit., L. 242 §. 1 D. de V. S. (50, 16.)

z) Z. B. Fenster in die fremde Mauer, oder (Erkerfenster) in den fremden Luftraum hinaus anzulegen, vgl. unten Note cc.

aa) §. 1 I. de servit. (2, 3), L. 20 §. 2–6 D. de serv. pr. urb. (8, 2.)

bb) L. 7 D. de serv. (8, 1), L. 8 §. 5—7 D. si serv. (8, 5.)

cc) L. 4. 11. 12. 15—17 D. de serv. pr. urb. (8, 2.) Der Ausdruck servitus luminum und prospiciendi ist ein allgemeiner, der überhaupt eine das Licht oder die Aussicht betreffende Servitut bedeutet, L. 12 22. 23 D. eod. In L. 4 D. eod. wird der Inhalt der servitus luminum specieller gegenüber der serv. ne luminibus officiatur dahin bestimmt: ut vicinus lumina nostra excipiat, was nach dem Zusammenhang wohl so zu erklären ist, daß er beim

Es kommen auch servitutes altius tollendi et officiendi luminibus (licere altius tollere et officere praetorio vicini), stillicidii non recipiendi vor.[dd] Das einfache Recht, höher zu bauen, kann keine Servitut sein, denn es ist ohne alle Servitut im Eigenthum enthalten.[ee] Eben darum kann auch die reine Befreiung von einer servitus altius non tollendi nur als Herstellung der libertas rei, nicht als eine neue entgegengesetzte Servitut angesehen werden.[ff] Dagegen läßt sich die Sache so denken, daß die bisher bestehende servitus altius non tollendi, non officiendi, stillicidii avertendi, im Ganzen bestehen bleiben, aber modificirt und beschränkt werden soll, dieß kann wegen Untheilbarkeit der Servituten nicht durch Aufgeben eines Theils derselben, wohl aber durch Constituirung einer entgegengesetzten Servitut, wodurch jene beschränkt wird, geschehen, z. B. mein Grundstück war bisher der servitus altius non tollendi schlechtweg unterworfen, der Servitutberechtigte räumt mir nun das Recht ein, bis zur Höhe von zwanzig Fuß zu bauen.[gg] In diesem Fall also ist das ius altius tollendi eine Servitut, und die Klage daraus nicht die Negatoria (Note ee), sondern die Confessoria (§. 256). Es giebt aber noch einen besonderen Fall, wo

---

Bauen unsere Fenster frei lassen muß (die sehr verschiedenen Meinungen darüber recensirt weitläufig Vangerow, Leitfaden I S. 658—663). Der Ausdruck serv. prospiciendi kommt nur in §. 2 I. de action. (4, 6) vor. Auch der Note z erwähnte Fall könnte als servitus luminum oder de prospectu bezeichnet werden.

dd) L. 2 D. de serv. pr. urb. (8, 2), L. 2 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3), L. 7 §. 1 D. comm. praed. (8, 4), L. 26 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2), §. 1 I. de servit. (2, 3.)

ee) L. 9 D. de serv. pr. urb. (8, 2): Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat; nulla competit actio. L. 10 eod. Die Klage aus einem „ius altius tollendi" ist daher die Klage aus dem Eigenthum, die negatoria, L. 4 §. 7 D. si serv. (8, 5.)

ff) Theophilus (zu §. 1 I. de servit.) erklärt die servitus non recipiendi stillicidii von einer früh bestehenden servitus recipiendi; dieß ist unrichtig, wenn wir es von einer reinen Befreiung verstehen, richtig, wenn wir, was im Text folgt, hinzudenken.

gg) L. 11. 21 D. de serv. pr. urb. (8, 2.) Fragm. vat. §. 53, L. 26 D. de exc. rei iud. (44, 2.) Andere Ansichten darüber s. bei Vangerow, Leitfaden I S. 664—669. (Beachtung verdient v. Scheurl's Bemerkung (Zeitschrift für g. RW. XII S. 255), daß auch ohne Aufhebung einer servitus altius non tollendi Veranlassung sein kann, unbequeme Eigenthumsbefugnisse, die sich factisch zu Lasten der Nachbarn gestalten, unter die Rechtsform einer Servitut zu bringen, um sie bequemer einrichten zu können. R.)

diese zur Anwendung kommt. Wenn jemand gegen seinen Nachbar, ehe dieser noch wirklich gebaut hat, klagt: ius ei non esse, aedes altius tollere, und der Beklagte verweigert die Einlassung auf die Klage (§. 173 Note l), so wird dieß gestattet, aber er erleidet den Nachtheil, daß er, wenn er künftig bauen will, mit der Klage aus dem ius altius tollendi auftreten muß, und diese Klage wird dann nicht als die Negatoria, sondern als Confessoria, das Recht daher als eine servitus altius tollendi behandelt, so daß ihm eine besondere Erwerbung dieses Rechts zu beweisen obliegt.[hh])

CCLIV. 2) Der zweite Grundsatz, der aus dem Begriff der Realservituten fließt, ist, daß der Vortheil, in dem ihr Inhalt besteht, durch das dienende Grundstück gewährt werden muß, durch eine Eigenschaft, die demselben innewohnt, sei es durch den Boden selbst (wie bei den Wegservituten, der Wasserleitung über das Grundstück), und durch seine gegenwärtige Beschaffenheit (bei den Servituten, die lediglich auf Unterlassung einer Veränderung gehen), oder durch seine natürlichen Bestandtheile (wie bei der Wasserleitung von dem Grundstück, dem aquaehaustus, der servitus arenae fodiendae u. s. f., dem Weiderecht), oder durch künstliche Bestandtheile, die aber ebenfalls dauernde Eigenschaften des Bodens geworden sind (wie die Gebäude bei der servitus oneris ferendi u. s. f.). Dieß insonderheit wird perpetua causa genannt. Daher kann z. B. das Recht, die Abfälle von einem Gewerbe, das auf dem Grundstück betrieben wird, zu beziehen, nie Realservitut sein.[a]) Darum kann ferner die servitus aquaeductus (wenn sie den Inhalt eines Wasserbezugs von dem Grundstück hat) oder aquaehaustus nur aus einem sich stets natürlich und fortwährend ergänzenden Wasservorrath gegeben werden, nicht wo das Wasser auf das dienende Grundstück erst durch eine künstliche Vorrichtung geschafft wird;[b]) die alten Juristen stellten den Grundsatz auf, nur ex capite vel ex fonte könnten jene Servituten bestellt werden, doch nahm man dieß später nicht so streng,

---

hh) L. 15 D. de op. novi nunt. (3, 1.) Vgl. oben §. 233 Note b.

a) So wird in L. 28 D. de serv. pr. urb. (8, 2) der Bezug des Regenwassers, das auf das dienende Gebäude fällt, als Servitut zugelassen, nicht aber der des Abflusses von dem Wasser, welches dort zur Wirthschaft gebraucht und durch menschliche Kräfte erst hingeschafft wird.

b) L. 2 D. comm. praed. (8, 4), L. 1 §. 5. 6 D. de aqua (43, 20).

wenn nur das Wasser nicht bloß vorübergehend oder bloß mittelst einer künstlichen Anstalt auf dem Grundstück sich befindet.[c]

3) Die beiden bisher erörterten Grundsätze, welche die Functionen der herrschenden und dienenden Grundstücke bei den Servituten betreffen, führen als dritten mit sich: daß die Grundstücke in einem örtlichen Verhältniß zu einander stehen müssen, welches die Gewährung des Vortheils von dem einen an das andere möglich macht. Man kann dieses Erforderniß Vicinität nennen, nur hat man dabei nicht an ein unmittelbares Anstoßen der beiden Grundstücke als durchgängige Bedingung zu denken.[d] Der Inhalt der meisten Servituten setzt, zwar nicht das Angränzen der Grundstücke, aber doch eine Verbindung derselben voraus, die dadurch hergestellt ist, daß das dazwischen liegende ebenfalls einer dem Zusammenhang vermittelnden Servitut, oder auch ohne Servitut dieser Benutzung unterworfen ist, die Wegservitut z. B. ist möglich an einem von dem herrschenden entfernten Grundstück, eben so die Wasserleitungsservitut, wenn das dazwischen liegende derselben Servitut unterliegt, die servitus oneris und tigni, wenn der dazwischen liegende fremde Raum der servitus proiiciendi rc. unterworfen ist; bei der Wegservitut kann der die Grundstücke trennende Raum auch eine via publica sein, nicht so bei jenen andern Servituten, weil das Durchschneiden und Ueberbauen des öffentlichen Wegs nicht gestattet wird.[e] Aber es giebt Servituten, welche nicht einmal dieser Vermittelung bedürfen, so ist die servitus altius non tollendi und ne prospectui officiatur möglich, wenn Grundstücke dazwischen liegen, welche dieser Servitus nicht auch unterworfen sind, wenn nur und so lange ein Haus von dem andern aus gesehen werden, also die Erhöhung des einen dem andern den fraglichen Vortheil möglicher Weise entziehen kann.[f]

---

c) L. 9 D. de serv. pr. rust. (8, 3), L. 1 §. 7. 8 D. de aqua (43, 20), L. 1 §. 4 D. de fonte (43, 22).

d) Wenn daher an mehreren Orten vicinum praedium als Erforderniß erwähnt wird, z. B. L. 5 §. 1 D. de serv. pr. rust. (8, 3), so wird anderswo auch wohl gesagt, es sei gleichgültig, ob die praedia vicina (in jenem absoluteren Sinne) seien oder nicht, L. 6 pr. D. comm. praed. (8, 4.)

e) L. 1 pr. D. de serv. pr. urb. (8, 2), L. 7 §. 1, L. 38 D. de serv. pr. rust. (8, 3.)

f) L. 38. 39 D. de serv. pr. urb. (8, 2), L. 7 §. 1 D. comm. (8, 4) L. 5. 6 pr. D. si servit. (8, 5.)

Servitutes personarum.

CCLV. Die Realservituten enthalten den usus eines Grundstücks für ein Grundstück, der usus einer Sache, unbeweglichen oder beweglichen, läßt sich aber auch für eine Person denken, also als Personalservitut. Als Realservitut ist der Usus regelmäßig sehr beschränkt, eine gewisse Seite desselben ist für das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks bestimmt, ja es wird sich nie finden, daß der Usus des dienenden Grundstücks durch das herrschende völlig erschöpft wird. Auch bei der größten Extension, z. B. wenn die servitus silvae caeduae bestellt, und die Beschaffenheit der Umstände die ist, daß alles Holz, was ordnungsmäßig daraus geschlagen werden kann, von dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks in Anspruch genommen wird, so daß dem Eigenthümer nichts davon übrig bleibt, kann ihm doch noch eine sonstige Benutzung bleiben, und jedenfalls behält er die Detention der Sache, die niemals auf den Realservitutberechtigten übergeht.

Anders bei dem Usus für eine Person, das persönliche Bedürfniß trägt keine solche innere Schranke in sich. Ist einer Person der Usus gegeben, so bleibt für den Eigenthümer keiner übrig, auch die Detention der Sache ist mit jenem Usus verbunden, und wegen dieser Vollständigkeit ist es geschehen, daß unter dem Wort usus vorzugsweise der Usus als Personalservitut bestanden wird, welchem gegenüber das Eigenthum proprietas heißt. Eine willkührliche Beschränkung ist auch hier bei der Bestellung möglich; solcher beschränkter Usus ist es namentlich, wenn Befugnisse, die als Inhalt einer Realservitut vorkommen können, z. B. aquaehaustus, einer Person als Personalservitut verliehen werden.[a])

Der Inhalt der Personalservitut des Usus ergiebt sich aus dem, was oben (§. 252) über den Begriff des usus, im Gegensatz gegen den fructus, gesagt worden ist. Der Usuarius hat z. B. bei einem Haus das Recht, es zu bewohnen (mit den Seinigen), bei Sclaven die Dienste derselben, bei Thieren eben so, aber nur er hat diese Benutzung zu machen, er kann sie keinem Fremden überlassen, er ist nicht berechtigt, Wohnung und Dienste zu vermiethen, denn dieß wäre fructus, nicht usus. Bei einer fruchttragenden Sache hat er

a) L. 14 §. 3 D. de alim. leg. (34, 1.)

das Recht, von den Erzeugnissen (Feld- und Baumfrüchten bei einem Landgut, Holz von dem Wald) zu nehmen, aber nur für sein persönliches Bedürfniß, ohne das Recht des Verkaufs. Der eigentliche Fruchtbezug steht dem Eigenthümer (proprietarius) zu, dem der Usuarius daher den Zutritt zu der Sache und alles, was zur Gewinnung der Früchte nöthig ist, zu gestatten hat.[b]) Bei der Hinterlassung des usus im Testament (die gewöhnlichste Art seiner Entstehung) tritt der Interpretationsgrund in Wirksamkeit: in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur,[c]) man stellt die Erwägung voran, daß der Testator eine dem Honorirten günstige Meinung gehabt habe. So geschieht es, daß in den usus silvae, wenn der Wald so entfernt wäre, daß der Naturholzbezug unvortheilhaft sein würde, die Befugniß, das Holz zu verkaufen, gelegt wird,[d]) in den usus aedium das Recht, einen Theil, der dem Legatar überflüssig ist (nur nicht das Ganze), zu vermiethen,[e]) in den usus equitii an einen Pferdeverleiher, dessen Gewerbe dem Testator bekannt war, das Recht, die Pferde für sein Gewerbe zu brauchen, also auch zu vermiethen.[f])

Die Personalservitut kann aber über den usus hinausgehen, es kann ihm auch der fructus hinzugefügt werden; in diesem Umfang heißt sie ususfructus (Nießbrauch), oder auch von ihrem unterscheidenden Element fructus schlechtweg, der Berechtigte usufructuarius oder fructuarius.[g]) Hier ist der Gewinn, der sich von der Sache machen läßt, von dem fremden Recht in Anspruch genommen (§. 252), dem Eigenthümer bleibt (abgesehen von besonders gemachten Beschränkungen) von der regelmäßigen Benutzung der Sache nichts übrig, es steht ihm nur das von seinem reellen Nutzen für die Gegenwart entblößte Eigenthum zu, ein Eigenthum, das für jetzt eben nur noch Eigenthum ist, und das darum die nuda proprietas heißt.

Bei einem so umfassenden Recht, wie der Ususfructus, ist es

b) Inst. II. 5, Dig. VII. 8: de usu —.

c) L. 12 D. de R. I. (50, 17.)

d) L. 22 pr. D. de usu (7, 8).

e) L. 2 §. 1, L. 4 pr. eod. Der Eigenthümer könnte auf den leerstehenden Theil des Hauses ohnehin keinen Anspruch machen, L. 22 §. 1 eod.

f) L. 12 §. eod.

g) Inst. II. 4, Dig. VII. 1: de usufructu (et quemadmodum quis utatur fruatur).

doppelt nöthig, seine Gränzen genau zu bestimmen, die Rechte des Usufructuars festzustellen, Uebergriffe in die Proprietät zu verhüten. Diese Gränzen lassen sich, von den weiteren zu den engeren fortschreitend, folgendermaßen zusammenfassen: 1) dem Usufructuar gehört der usus und fructus, nicht die Sache selbst, die Nutzung, nicht die Vernutzung, das Brauchen, nicht das Aufbrauchen derselben, usus, nicht abusus steht ihm zu. Die römischen Juristen nehmen dieß ausdrücklich in ihre Definition der Servitut auf: ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.[h]) 2) Was nun insonderheit das ius fruendi anlangt, so ist dieses durch den allgemeinen Begriff von fructus beschränkt; es begreift natürliche und juristische Früchte, aber nicht alle Erzeugnisse der Sache, daher dem Usufructuar z. B. nicht der partus ancillae fructuariae zufällt (§. 252 und 242 Note ii und kk). 3) Es kann etwas im allgemeinen unter den Begriff von Früchten fallen, während es in einem besonderen Fall bei dieser Sache, nach der ihr gegebenen Bestimmung, nicht dahin gehört. So gehört der Gewinn durch Agricultur im allgemeinen zu dem fructus eines Grundstücks, aber wer den Usufructus eines Lustgartens erhalten hat, darf ihn nicht als Oeconomiegut benutzen,[i]) ein Wohnhaus nicht als Herberge.[k]) Mineralien können in fructu sein, oder auch nicht,[l]) jenes wird regelmäßig der Fall sein, der Usufructuar wird sie daher benutzen können, ja wenn es sich um ein Grundstück handelt, das lediglich für den Gewinn bestimmt ist, so daß der Eigenthümer bei der Art der Benutzung kein Interesse hat, wird der Usufructuar den bisher mit geringerem Vortheil betriebenen Feldbau aufgeben, und Erz-, Steinkohlen- rc. Gruben anlegen können.[m]) Einer Sache kann die Bestimmung gegeben sein, daß ihre Nutzung nur für andere

---

h) L. 1 D. de usufr. (7, 1.) Das salva rerum substantia ist im Grund nur eine nachdrückliche Wiederholung dessen, was schon in den Worten utendi fruendi liegt; dasselbe drückt Cic. top. 3 so aus: usus enim, *non abusus* legatus est.

i) L. 13 §. 4 D. de usufr. (7, 1.)

k) L. 13 §. 8, L. 14 eod.

l) Daher widersprechen sich nicht L. 9 §. 2 D. eod. und L. 32 D. de iure dot. (22, 3), von denen die letzte die Möglichkeit voraussetzt, daß sie nicht in fructu sind.

m) L. 13 §. 5. 6 D. de usufr. (7, 1.) Eine Mißkennung des Princips, von dem diese Entscheidung abhängt, hat sie Manchen als allzu exorbitant erscheinen lassen, und Emendationen hervorgerufen, die durchaus verwerflich sind.

verwendet werde, z. B. einem auf dem Gut befindlichen Wäldchen oder Gebüsch, das daraus nur die für die Bewirthschaftung des Ganzen nöthigen Pfähle, Ruthen rc. genommen werden, hier sind auch für den Fructuarius des Guts diese Ereignisse nicht fructus, er kann nicht davon verkaufen.[n]) 4) Aber auch innerhalb dieser Schranken ist freilich noch ein weiterer Raum für Collision zwischen den Interessen des Usufructuars und des Proprietars, jener kann eine ihm an sich zuständige Nutzung auf eine Art oder in einem Umfang, mit übermäßiger Anstrengung der Productivität der Sache, machen, die der Erhaltung der Proprietät gefährlich wird. Die Entscheidung von Streitigkeiten darüber wird von den individuellen Verhältnissen des concreten Falls abhängen, als Princip dafür ist gegeben: boni viri arbitratu uti frui debet, causam proprietatis deteriorem facere non debet.[o])

Es entsteht die Frage, ob wie ein usus sine fructu, so auch ein fructus sine usu möglich sei? Hier muß daran erinnert werden, daß, wie oben bemerkt worden ist, in dem usus der eigentliche, wesentliche, aus ihrem Begriff fließende Inhalt der Servituten liegt (§. 252), der fructus nur eine darauf gesetzte Erweiterung ist. Es wird daher ein fructus sine usu nicht möglich sein, und wenn jemanden z. B. die jährlichen Früchte eines gewissen Landguts vermacht werden, so ist dieß entweder als Usufructus zu betrachten, und die Interpretation wird bei Vermächtnissen regelmäßig stattfinden,[p]) oder, wenn dieß die Absicht erweislich nicht war, gar nicht als Servitut, sondern als bloße Forderung, denn fructus (als Servitut) sine usu esse non potest.[q]) Dennoch ist dieses Resultat

---

n) L. 9 §. 7 D. eod. Es versteht sich, daß diese Beschränkung nicht bei jedem Wald eintritt, der ein Theil eines Landguts ist. (Richtiger wird die angeführte Stelle [schon von Stephanus und Accursius] auf die Waldflecke bezogen, welche nicht zu diesem Gut gehören, aber bisher von dem Eigenthümer für dasselbe benutzt wurden. In diesem Fall kann der Fructuarius sie ebenfalls nicht zum Verkauf, sondern nur für das Gut nutzen, Laspeyres im Archiv für civ. Praxis XIX Num. 4. Zachariä in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIV S. 126 [1848]. R.)

o) L. 9 pr., L. 13 pr. §. 4, L. 15 §. 4 D. eod.

p) L. 20 D. eod. Wenn zweien, einem der usus, dem andern der fructus vermacht wird, so hat jener den usus sine fructu, dieser aber den ususfructus L. 14 §. 2 D. de usu (7, 8).

q) Paul. III. 6, 24. L. 14 §. 1 D. de usu (7, 8): — denique si tibi fructus deducto usu legatus sit, inutile esse legatum —. Diese letztere

vorübergehend möglich, wenn der Eigenthümer an einer Sache, woran ein Anderer schon den Usus hat, den Fructus bestellt,[r] dieser Fructuar hat den Usus nicht, aber nur für jetzt nicht, er hat ihn als einen künftigen, wenn der Usuar sein Recht vor ihm verlieren wird.

Es ist wohl unbedenklich zu behaupten, daß die servitutes praediorum älter sind, als die Personalservitut. Man kann nicht sagen, daß dieser ein natürliches Bedürfniß unterliegt, wie es zu jenen hinfügt. Aber jene Behauptung darf nicht so verstanden werden, als hätte sich das Recht der Personalservitut erst spät, etwa gegen das Ende der freien Republik oder wenigstens lange nach den Zwölf Tafeln gebildet, zu einer solchen Annahme sind wir durch nichts veranlaßt. Die gewöhnlichste Entstehung der Personalservitut ist die durch Testament, hier liegt die Absicht einer Vereinigung des Wunsches, einer Person etwas zuzuwenden, und der Abneigung, die Sache dem Erben gänzlich zu entziehen, zu Grunde. Das Eigenthum soll ihm erhalten werden, dieser Absicht kommt das Recht dadurch entgegen, daß es den Berechtigten (auch wenn dieß nicht bei der Bestellung von den Parteien selbst vorgesehen wäre) zu einer Caution durch Bürgen verpflichtet.[s] Diese cautio usufructuaria (oder usuaria) hat einen doppelten Inhalt, sie geht auf die Erfüllung der Verbindlichkeiten während des Nießbrauchs, die in dem Satz zusammengefaßt werden: usurum (fruiturum) se boni viri arbitratu, und auf die Restitution nach geendigtem Nießbrauch: cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit. Ja die römischen Juristen und Principes haben den

---

Entscheidung setzt ein legatum per vindicationem voraus, wodurch eine Forderung nicht vermacht werden kann, also das Legat unwirksam ist, wo sein Gegenstand nur als Forderung aufrecht erhalten werden könnte.

r) L. 14 §. 3, D. eod., L. 5 §. 2 D. usufr. qu. cav. (7, 9.) — Was L. 13 §. 3 D. de acceptil. (46, 4) anlangt: Si quis usumfructum stipulatus usum accepto tulerit, si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito, liberatio non continget, si vero quasi ex usufructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum et acceptilationem valere, so glaube ich jetzt, daß die Worte: cum possit — constitui versetzt sind, und hinter debito gehören; nur dadurch entsteht, wie mir scheint, ein einwandfreier Sinn. Ueber andere Ansichten s. Vangerow, Leitfaden I S. 683 (Keller, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XV. 5 [1849], Rudorff zu Puchta, Vorlesungen 1854 §. 181 Note 2. R.

s) Dig. VII. 9: usufructuarius quemadmodum caveat.

Erben sogar gegen einen Erlaß dieser Caution durch den Testator in Schutz genommen, dieser Erlaß soll ohne Wirkung sein.[t])

Diese Legate des Usufructus wurden, besonders unter gewissen Verhältnissen (z. B. von dem Mann an die ihn überlebende Frau), ungemein häufig. Man hatte Ursache, sie zu begünstigen, es war vernünftig, die Möglichkeit, daß jemanden der lebenslängliche Genuß eines Guts, ohne den Erben das Eigenthum zu entziehen, zugewendet werden konnte, zu erweitern. So erklärt sich die Entstehung des Rechtssatzes, daß die Bestellung des Usufructus auch an solchen Gegenständen, woran er salva rerum substantia, also in seiner eigentlichen Beschaffenheit, nicht möglich ist, aufrecht zu erhalten sei, z. B. an Geld, an Victualien, überhaupt an Sachen, deren Existenz durch den Gebrauch sofort (überhaupt oder für den Eigenthümer, wie bei dem Geld, das man durch Ausgeben desselben gebraucht) aufgehoben oder verringert wird: res, quae usu consumuntur vel minuuntur, quae in abusu consistunt, quae in absumtione sunt (s. g. verbrauchbare Sachen).[u]) Dieß ließ sich dadurch erreichen, daß man das Recht an solchen Gegenständen seiner Entstehung und seiner Endigung nach (ferner in Beziehung auf die cautio usufructuaria) wie einen Usufructus, quasi usumfructum, behandelt,[v]) und den Quasiusufructuar, auf den das Eigenthum der Sachen übergeht, verpflichtet, finito usufructu dieselbe Quantität oder den Werth wiederzuerstatten.[w]) Dieser Quasiusufructus wurde durch ein Senatusconsultum bestätigt: ut omnium

---

t) Iulian. L. 6 pr. D. si in posses. leg. (36, 4), L. 1 C. de usufr. (3, 33) und besonders Alex. L. 7 C. ut in poss. leg. (6, 54.)

u) Dig. VII. 5: de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur.

v) Von den Endigungsarten sind nur anwendbar Tod und capitis deminutio, L. 9. 10 pr. D. eod., Fragm. vat. 46. — pecuniae quoque ususfructus legatus per annum non utendo (non amittitur), quia nec ususfructus est, et pecuniae dominium fructuarii, non heredis est. — Eine Unterscheidung zwischen Usus und Usufructus ist hier nicht möglich, L. 5 §. 2, L. 10 §. 1 D. eod.

w) L. 2 §. 1, L. 5 §. 1, L. 7. 9. 10 pr. 11 D. eod. Bei manchen Sachen kann es zweifelhaft sein, ob sie als verbrauchbare zu behandeln sind, deren Werth schlechterdings erstattet werden muß, oder als Gegenstände eines wahren Usufructus, wobei nur, was und wie es noch in natura vorhanden ist (vorausgesetzt, daß dem Usufructuar keine Pflichtwidrigkeit zur Last fällt), restituirt zu werden braucht. So bei Kleidungsstücken, Teppichen rc. Die Entscheidung wird

rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit.[x]) Anfangs gab es Juristen, die das Gesetz auf Sachen beschränken wollten; in der That war kein Grund, den Ususfructus in derselben Weise nicht auch bei Rechten, namentlich Schuldforderungen, zuzulassen, und diese Meinung wurde bald die allgemeine.[y])

Mit usus und ususfructus sind eigentlich die Formen der Personalservitut erschöpft. Jede verliehene Personalservitut würde sonach unter einen dieser beiden Begriffe fallen. Nun kam es vor, daß in Testamenten der Gebrauch gewisser Gegenstände vermacht wurde, ohne daß der Testator sich jener technischen Ausdrücke bediente, namentlich die habitatio in einem Haus, die operae eines Sclaven oder Thiers. In der That ist dieß nur eine factische Bezeichnung dessen, was in der juristischen Sprache usus aedium, usus servi heißt.[z]) Manche Juristen mögen dabei stehen geblieben sein,[aa]) andere gingen insofern auf den Ususfructus über, als sie eine Vermiethung gestatteten.[bb]) Neben diesen aber hatte sich von Anfang die Ansicht gebildet und erhalten, daß man ein solches Legat weder als usus noch als ususfructus behandeln, sondern schlechterdings an dem, was aus dem vom Testator gebrauchten Wort natür-

---

von den Umständen des besonderen Falls abhängen: L. 9 §. 3 D. usufr. qu. cav. (7, 9), L. 15 §. 4. 5 D. de usufr. (7, 1.), §. 2 I. de usufr. (2, 4.)

x) Ulpian. XXIV. 27, L. 1 D. de usufr. ear. rer. (7, 5.) Gewöhnlich behauptet man, dieses Recht habe zu Cicero's Zeit noch nicht gegolten, wegen top. 3: non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere, usus enim, non abusus legatus est. Aber so konnte Cicero schreiben, auch wenn der Ususfructus, um den es sich handelt, wirklich ein ususfructus omnium bonorum war, die Vorräthe, die sie vorfindet, gehören der Frau nicht wie die künftigen, jene sind nicht fructus, sondern Gegenstand der Benutzung. Puchta, Kleine civil. Schriften. 1851. S. 214 f.

y) L. 3 D. de usufr. ear. rer. (7, 5), L. 24 pr. D. de usu et usufr. leg. (33, 2.) Auch schon jene Juristen ließen den ususfructus nominis zu, wenn er dem Schuldner selbst vom Gläubiger vermacht war, denn hier ist er in der That ein ususfructus der pecunia, die jener schuldet.

z) L. 5 D. de operis servorum (7, 7): Operis servi legatis usum datum intelligi et ego didici et Iulianus existimat. L. 10 pr. D. de usu et habitatione (7, 8).

aa) Eine Verschiedenheit der Ansichten über die Behandlung der habitatio legata bezeugt Ulpian L. 10 cit. und Justinian, L. 13 C. de usufr. (3, 33.)

bb) §. 5 I. de usu et hab. (2, 5.), L. 2 D. de usu et usufr. leg. (33, 2.)

lich folge, festhalten müsse, und dieß war in Beziehung auf die habitatio die Wohnung, in Beziehung auf die operae die Bedienung durch den Sclaven. Eben so müßten aber auch die reinjuristischen Endigungen durch non usus und capitis deminutio wegfallen.[cc]) Aus diesen verschiedenen Auffassungen bildete sich zuletzt eine Theorie, in welcher die dem Berechtigten günstigen Momente aus allen jenen Ansichten vereinigt wurden; diese ist in die justinianische Gesetzgebung aufgenommen, worin wir habitatio und operae (servorum et animalium) als zwei zu den beiden regelmäßigen hinzugekommene, unregelmäßige Personalservituten finden, bei denen Vermiethung gestattet, dagegen die Endigung durch non usus und capitis deminutio ausgeschlossen ist.

Die Klagen aus den Servituten und ihre Begründung.

CCLVI. Das Servitutrecht wird gegen den, der seine Ausübung hindert oder stört, mit einer in rem actio geltend gemacht, die eine iuris petitio, servitutis vindicatio ist:[a]) ius utendi fruendi, eundi agendi etc. nobis esse, und die im Gegensatz gegen die negatoria (§. 232), wodurch die Existenz eines solchen Rechts geläugnet wird, confessoria de usu, usufructu, servitute actio genannt wird.[b]) Belangt wird nicht bloß der Eigenthümer, sondern jeder, welcher das Recht des Klägers verletzt. Wegen einer Personalservitut geht sie gegen den, der dem Kläger die Detention vorenthält, also gegen den Besitzer, gleich der rei vindicatio, und auch ihr Gegenstand ist dem dieser Klage analog,[c]) aber dieß ist nicht ihre einzige Veranlassung, auch wegen einer partiellen Verletzung findet sie

cc) L. 10 D. de cap. min. (4. 5): — quia tale legatum in facto potius, quam in iure consistit. L. 2 D. de operis serv. (7, 7), L. 10 pr. D. de usu et hab. (7, 8.) Nach L. 2 de usu et usufr. leg. (33, 2) soll das operarum legatum auf die Erben transmittirt werden, dieß hat man mit Unrecht so verstanden, als sollten die operae nicht durch den Tod des Berechtigten erlöschen. Die Transmission wird aber nur von dem „legatum" ausgesagt, und ist auf den Fall, daß der Legatar selbst noch nicht in den Genuß gekommen war, zu beschränken. — Ueber den Zusammenhang der Rechte nach dieser Auffassung mit dem Recht der Alimente s. Savigny, System II S. 110 ff.

a) Dig. VII. 6: si ususfructus petetur, vel ad alium pertinere negetur. VIII. 5: si servitus vindicetur, vel a. a. p. n.

b) L. 2 pr. D. si servit. (8, 5.)

c) L. 5 §. 1 sqq., L. 6 D. si ususfr. (7, 6.)

Statt, und dahin gehört auch der Fall, wenn der Usufructuar eines Grundstücks an der Ausübung einer Realservitut gehindert wird, er hat hier nicht die Confessoria aus dieser Servitut, sondern aus seinem eigenen Recht, er kann usumfructum petere, zu dessen Inhalt die Ausübung jener Servitut mit gehört.[d]) Wegen einer Realservitut wird gegen jeden geklagt, der etwas vornimmt, wodurch ihre Ausübung gehindert oder gestört wird,[e]) der Gegenstand ist die Unterlassung dieser Störung und die Wiederherstellung des Zustands vor der Störung, wohin auch Ersatz der dadurch entstandenen Nachtheile gehört.[f]) Der große Unterschied ist stets zwischen der Servitutenklage und der rei vindicatio, daß die Sache selbst nur durch den Nichtbesitze, die Servitut dagegen möglicherweise auch durch den (Quasi-) Besitzer derselben vindicirt werden kann.[g])

Kläger ist der Servitutberechtigte, die Realservituten der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks,[h]) doch wird eine utilis actio

---

d) L. 1 pr. 5 §. 1 D. eod. Manche Juristen scheinen ihm auch die Confessoria aus der Realservitut statt des Eigenthümers als utilis actio, die ihm dort abgesprochen wird, zugestanden zu haben, L. un. §. 4 D. de remission. (43, 25.)

e) L. 4 §. 5, L. 10 §. 1 D. si servit. (8, 5.) Bei manchen Servituten geht sie allerdings nur gegen den Eigenthümer oder Besitzer des dienenden Grundstücks (der übrigens bei allen der gewöhnlichste Beklagte sein wird), L. 6 §. 3 D. eod., aber nur darum, weil nach der Beschaffenheit der Servitut bloß von diesem eine Verletzung factisch möglich ist, z. B. wenn aus der servitus oneris ferendi wegen Untauglichkeit der dienenden Mauer geklagt wird.

f) L. 4 §. 2, L. 6 §. 6, L. 7. 15. 18 D. eod. Die Klage ist arbitraria, eine Condemnation erfolgt, wenn der Beklagte nicht arbitratu iudicis restituirt oder Caution leistet, zu restituiren und künftige Störungen zu unterlassen. — Auf Bestellung der Servitut kann die Klage natürlich nicht gehen, da sie ja ihre Existenz voraussetzt: — per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est, declarari —, L. 8 §. 4 D. eod.

g) L. 5 §. 6 D. si ususfr. (7, 6), L. 6 §. 1 D. si servit. (3, 5.) Nur hat der juristische Besitzer des Servitutrechts nicht nöthig, die Confessoria anzustellen, er kann mit dem possessorischen Interdict den Schutz des Besitzers fordern, und den Gegner zur Anstellung der Negatoria, wenn er ihm die Servitut bestreiten will, nöthigen. Ja selbst wenn der Quasibesitzer sogleich mit der Confessoria aufgetreten wäre (auch giebt es ja Servituten, aus deren Besitz keine Interdicte gegeben sind, §. 230), so hat er zwar nicht den Vortheil des Schutzes bis zum Ausgang des Processes, aber die Beweislast (petitoris et possessoris partes) wird dennoch mit Rücksicht auf den Besitz bestimmt, und sie trifft den Gegner ebenso, wie wenn dieser mit der Negatoria aufgetreten wäre, L. 8 §. 3 D. si servit.

h) L. 2 §. 1, L. 6 §. 3 D. eod.

statt seiner auch dem Emphyteuta, dem Superficiarius, dem Pfandgläubiger gegeben.[i]) Dem Kläger liegt der Beweis der Servitut ob, wenn ihre Existenz bestritten wird, dieser Beweis wird geführt durch den ihrer Erwerbung. Wie nun werden Servituten erworben? Die römischen Juristen unterscheiden servitus iure (civili) constituta und tuitione praetoris constituta. Es giebt Entstehungsarten des Jus civile, ursprünglich die einzigen, die von Wirkung waren, das magistratische Recht ergänzte sie durch Anerkennung anderer Fälle und Formen, mit denen es die gleiche Wirkung einer confessoria in rem actio verband.

1) Nach Jus civile können Servituten durch Testament bestellt werden, die Entstehung war bei Personalservituten die häufigste. Ihre Voraussetzungen werden sich erst im Erbrecht darstellen lassen. Für die vertragsmäßige Bestellung ist die Hauptform in iure cessio, eine Scheinvindication der Servitut vor dem Magistrat, in derselben Art wie diese Handlung bei der Erwerbung des Eigenthums vorkommt, servitutes praediorum rusticorum können auch durch Mancipation bestellt werden.[k]) Dieß ist nur an Sachen möglich, die selbst in iure cedirt oder mancipirt werden können, also nicht bei Provincialgrundstücken,[l]) der Besteller ferner muß Eigenthümer der Sache, und bei Realservituten der Erwerber Eigenthümer des Grundstücks sein, für welches die Servitut erworben werden soll.[m]) Aber nicht bloß die Servitut selbst kann in iure cedirt, und wenn sie rustica ist, mancipirt werden, alle Servituten lassen sich bei Gelegenheit der In Jure Cessio oder Mancipatio der Sache, die der Servitut unterworfen werden soll, bestellen, indem der Uebertragende dieses Element des Eigenthums zurückbehält, deducto usufructu, deducta servitute mancipirt oder cedirt.[n]) Bei der Tradition der

i) L. 16 D. de serv. (8, 1), L. 3 §. 3, L. 9 D. de op. novi nunt. (39, 1), vgl. Note d.

k) Gai. II. 29. 30. 32. Ulpian. XIX. 11.

l) Gai. II. 31.

m) L. 1 §. 1, L. 6 pr. 8 D. comm. praed. (8, 4.) Ein bestehender Ususfructus an dem Grundstück hindert die Bestellung einer Realservitut an demselben (nicht die Erwerbung einer solchen für dasselbe), sofern sie sich auf den dem Fructuar zustehenden Usus bezieht und diesen verringern würde. Die Zustimmung des Fructuars kann dieß nicht ändern, da er den usus nicht theilweise aufgeben kann, L. 15 in f. 16 D. de usufr. (7, 1.)

n) Gai. II. 33. Fragm. vat. 47—50. Ein ususfructus kann ex certo tempore und ad certum tempus, eben so mit einer Bedingung, durch Legat

Sache wäre diese Deductio eine bloße formlose Uebereinkunft, der nach Jus civile die Wirkung, eine Servitut hervorzubringen, nicht zukommt; dieß hat sich auch nicht verändert dadurch, daß der Traditio bei res nec mancipi die Wirkung der Eigenthumsveräußerung zuerkannt wurde, man hat sie durch diese Nachgiebigkeit gegen ein fühlbares Bedürfniß keineswegs überall der in iure cessio gleichstellen wollen; eben so wenig ist die Tradition der Servitut selbst eine Bestellungsart.[o]) Dagegen kann der Richter in Theilungsklagen durch die Adjudicatio an der zu theilenden Sache Servituten bestellen, indem er z. B. dem einen Theil des Grundstücks zum Besten des andern eine Realservitut auflegt, oder eine Sache so theilt, daß er dem Einen die Proprietät, dem Andern den Usufructus zuweist.[p]) Im späteren Recht kommt eine Entstehung des Usufructus durch Rechtsvorschrift vor, indem theils in gewissen Fällen ein Eigenthümer die Proprietät verwirkt, den Usufructus behält, theils vermöge der väterlichen Gewalt zuweilen der Nießbrauch erworben wird, so daß bei dem Erwerb einer Sache durch einen Filiusfamilias eine Trennung von Proprietät und Usufructus eintreten kann.

Ist die usucapio auf Servituten angewendet worden? Wo die Servitut Bestandtheil eines Grundstücks ist (Realservitut), wird sie bei der Usucapion dieses mit erworben.[q]) Dieß setzt voraus, daß die Existenz der Servitut selbst erwiesen ist. Aber wurde nicht die Ausübung der Servitut die Usucapionszeit hindurch selbst als Entstehungsart behandelt? Dieß wäre eine eigentliche usucapio ser-

---

bestellt werden, ad certum tempus auch durch in iure cessio, denn die Vindication ist mit diesem Zusatz möglich (Fragm. vat. 52: usumfructum ad certum tempus constitutum cum adiectione temporis vindicari debere), nicht ex certo tempore, denn man kann nur ein gegenwärtiges, nicht ein künftiges Recht vindiciren. Nun gab es Juristen, die auch bei der deductio Zeit und Bedingung unzulässig fanden, andere dagegen behandelten die deductio in dieser Hinsicht mit Recht ganz wie das Legat, Fragm. vat. 50.

o) Gai. II. 28. Fragm. vat. 47.

p) L. 6 §. 1 D. de usufr. (7, 1), L. 22 §. 3 D. fam. erc. (10, 2), L. 6 §. 10, L. 18 D. comm. div. (10, 3.), Fragm. vat. 47 setzt ein legitimum iudicium voraus, bei einem iudicium imperio continens beruht daher die von dem Richter bestellte Servitut tuitione praetoris.

q) Ulpian. L. 10 §. 1 D. de usurp. (41, 3): hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore (usu) capi possint, cum aedificiis possint.

vitutum, man hätte zu diesem Behuf einen Besitz der Servituten wie einen Besitz der körperlichen Gegenstände annehmen müssen. Daß diese Ansicht dem ältesten Recht fremd war, daß die quasi possessio einem späteren Fortschritt in der Rechtsentwickelung angehört, ist wohl mit Entschiedenheit zu behaupten.[r]) Eine Classe von Servituten aber gab es, von denen man sagen konnte, sie werden in dem Besitz einer Sache mitbesessen, indem sie sich gewissermaßen als körperliche Qualitäten derselben darstellen; dieß ist der Fall bei den servitutes praediorum urbanorum (vgl. §. 230). Bei diesen ließ sich eine Entstehung der Servitut selbst mit dem zweijährigen Usucapionsbesitz des Hauses, für das sie bestimmt ist, behaupten, und es ist keinem Zweifel unterworfen, daß dieß auch wirklich geschah, bis eine Lex Scribonia (deren Alter und sonstiger Inhalt ungewiß ist) diese Usucapion aufhob.[s]) So beruht also die Unstatthaftigkeit der Usucapion bei servitutes praediorum rusticorum (wie auch bei den Personalservituten) auf der Natur der Usucapion selbst, bei servitutes praediorum urbanorom auf jenem Gesetz.[t])

2) Bei dem so eben dargestellten Jus civile über die Entstehung **der Servituten bleibt der größte Theil von dem Areal des römischen Reichs, nämlich der Provincialboden außer Ansatz. Nun ist nicht zu zweifeln, daß von den ersten Zeiten provincieller Grunderwerbungen das Bedürfniß solcher Rechte, wie die römischen Servituten, sich (wenn auch vielleicht je nach besonderen Einrichtungen und Lan-**

r) Daher auch später noch immer gesagt werden konnte: incorporales res traditionem non recipere manifestum est, Gai. II. 28, — incorp. res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est, Gai. L. 43 §. 1 D. de adquir. dom. (41, 1), was sich nicht wohl denken läßt, wenn dieser Besitz von Anfang neben dem körperlichen im Recht gewesen war, wohl aber, wenn der unkörperliche eine spätere Ausdehnung ist, welche die alte Ausschließlichkeit des körperlichen doch nicht in allen Anwendungen durchbrochen hat.

s) L. 4 §. 29 D. de usurp. (41, 3): — eam usucapionem sustulit lex scribonia, quae servitutem constituebat — es ist die einzige Erwähnung dieses Gesetzes in unsern Quellen.

t) Diese Unterscheidung tritt auch hervor in L. 14 pr. D. de servit. (8, 1): Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem. nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur. S. v. Löhr, Magazin für Rechtswiss. III. 3 (1810).

desgewohnheiten, die jene Rechte theilweise ersetzen konnten, in verschiedenem Grade) fühlbar machte. Wie sollten nun römische Grundbesitzer in den Provinzen Weggerechtigkeiten, Wässerungsservituten, Bauservituten u. s. f. erwerben und bestellen? Das nächste Mittel war, durch Uebereinkunft (pactione) ein solches Recht zu geben und diesem Vertrag durch eine Stipulation, wodurch die Leistung des Interesse oder einer bestimmten Geldsumme (Conventionalstrafe) für den Fall der Hinderung oder Störung versprochen wurde, Kraft und Wirkung zu verleihen. Dieses Geschäft kommt denn auch unzähligemal bei den römischen Juristen in Beziehung auf Servituten vor,[u]) aber nach dem bis dahin bestehenden Recht hatte es keineswegs die Wirkung, eine Servitut hervorzubringen, es war nur ein Surrogat der Servitut, das nur hinreichte, solange das Eigenthum der Sache bei einer Person blieb, die durch die Stipulation verpflichtet war. Um einer solchen Vereinbarung eine höhere Wirkung, die nämlich einer wirklichen Servitut, als eines gegen jeden, mochte er Universalsuccessor des Bestellers sein oder nicht, geltend zu machenden Rechts zu geben, mußten sich die Prätoren interponiren, eine utilis actio confessoria aufstellen, und damit jenen Vertrag als wahre Bestellung einer Servitut erklären. Daß dieß nun wirklich geschehen ist, erhellt auf das unzweideutigste aus den Stellen, die theils den Vertrag als Bestellungsart anstatt der In Iure Cessio und Mancipatio, die bei Provincialgrundstücken nicht möglich sind, angeben,[v]) theils ihn andern Bestellungsarten gleich-

---

u) Z. B. Stipulatio: per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi heredique meo ire agere liceat, si adversus ea factum sit tantum dari, L. 2 §. 5, L. 4 §. 1, L. 49 §. 1, L. 85 §. 3, L. 111 D. de V. O. (45, 1) — uti frui, ire agere licere, L. 38 §. 10—12, L. 130 eod. So sagte Labeo, wenn jemand eine Wegservitut gekauft habe, vertrete die Stipulation die Stelle der Traditio (zu der ein Verkäufer sonst verpflichtet ist), wogegen Javolen bemerkt, es sei nicht nothwendig, eine andere Pflicht des Verkäufers der regelmäßigen zu substituiren, weil es auch hier eine Quasitraditio gebe, L. 20 D. de servit. (8, 1.) Natürlich dürfen nicht jene Stipulationen, die eine bestellte Servitut (oder was dafür gilt) voraussetzen, mit einer solchen verwechselt werden, welche die künftige Bestellung zum Gegenstand hat, z. B. L. 136 §. 1 D. de V. O. (45, 1): Si qui *viam ad fundum suum dari* stipulatus fuerit, postea fundum partemve eius ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio.

v) Gai. II. 31: Sed haec scilicet in italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive ius eundi agendi

setzen.[w]) Außer und neben dem reinen Vertrag (der pactio) wird noch die Stipulation, und dann noch die Tradition der Servitut erwähnt, wie verhalten sich diese Rechtsgeschäfte zur Bestellung der Servitut? Die Function der stipulatio für die Zeit vor der Anerkennung jener Servituten als dinglicher Rechte durch den Prätor ist vorhin angegeben worden. Nach dieser Anerkennung ist es die pactio, an welche sich das Recht der Servitut anknüpft, die Stipulatio diente in dieser Beziehung dazu, die Uebereinkunft selbst auf unzweideutige Weise zu constatiren.[x]) Daneben aber hat sie noch immer den (hinsichtlich der eigentlichen Servitutenwirkung exoterischen) Vortheil, dem Berechtigten eine persönliche Klage gegen den Verpflichteten zu verschaffen, die ihm unter Umständen nützlicher sein konnte als die Servitutenklage. In einem ähnlichen Verhältniß steht zu jenem Pactum die Tradition der Servitut. Jemand, der zur Bestellung einer Servitut verpflichtet ist, kann insonderheit zur Tradition derselben verpflichtet sein,[y]) in ihr liegt jenes Pactum, und darum, aber auch bloß darum

---

aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt. Nichts kann evidenter sein, als daß hier der Vertrag bei provincialen mit der in iure cessio bei italischen Grundstücken auf gleiche Linie gestellt wird, daß Gaius den Vertrag als Bestellungsact bezeichnet, und daß er bei ihm so wenig wie bei jener noch etwas anderes, das erst hinzukommen müßte, im Sinn haben kann. Eben so African, L. 33 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3), vgl. L. 3 C. de servit. (3, 34.)

w) Ulpian. L. 25 §. 7 D. de usufr. (7, 1): Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem *vel stipulationem vel alium quemcunque modum* videndum —. Es ist hier von einem Sclaven die Rede, daraus ist natürlich ein Rückschluß auf das Recht bei Provincialgrundstücken zulässig, bei denen der Vertrag zuerst jene Wirkung erhielt, die nachher auf andere Fälle erstreckt wurde.

x) In diesem Sinn sagt African, L. 33 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3): Cum essent mihi et tibi fundi duo communes, titianus et seianus, et in divisione convenisset, ut mihi titianus, tibi seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus, et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret. Recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit. Eine Bestellung durch deductio, wie bei der mancipatio, ist bei der Tradition der Sache nicht zulässig, Fragm. vat. 47, also ist hier das selbstständige pactum der Bestellungsact, und diese Uebereinkunft ist außer allen Zweifel gesetzt, wenn eine Stipulation vorliegt.

y) So beim Kauf, L. 20 D. de servit. (8, 1), vgl. Note u. Ferner durch Testament, Gai. L. 3 pr. D. de usufr. (7, 1): Omnium praediorum iure

enthält sie eine Bestellung der Servitut.[z]) Die Tradition selbst fügt noch etwas hinzu, wovon das Recht der Servitut nicht abhängt, und das hinwieder von dem Recht der Servitut unabhängig ist, dieß ist der Besitz, ohne den die Bestellung (wie nach Civilrecht durch in iure cessio, so nach prätorischem durch pactum), und der ohne das Recht der Servitut sich denken läßt. Der Vortheil aber, der dem Berechtigten dadurch erwächst, besteht darin, daß, während er durch das einfache Pactum die utilis confessoria hat, bei der er aber das Recht seines Bestellers beweisen muß, die Tradition ihm die publiciana actio verschafft, bei der ihm dieser Beweis nicht obliegt, und die ihm gegen den Nichteigenthümer der dienenden Sache denselben Erfolg gewährt wie jene.[aa])

Der Prätor schützte auch Servituten, die der Besitzer eines Ager vectigalis oder ein Superficiarius bestellt hatte, solange diese iura in re als solche, also getrennt von dem Eigenthum bestehen. Auch hier war die Bestellungsform Vertrag, aber vielleicht war die Klage hier immer die publiciana (eben weil die Bestellung von einem Nichteigenthümer geschah), und es wurde daher stets die Tradition der Servitut vorausgesetzt.[bb])

---

legati potest constitui usus fructus, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum (dieß also ist auch bei Provincialgrundstücken möglich, bei italischen kann überdieß die Servitut gleich durch das Legat — Vindicationslegat — selbst bestellt werden. Wenn also der Testator den Erben verpflichtet hat, die Servitut zu bestellen, so fragt sich, was hat er zu thun? Bei italischen Grundstücken ist er zur in iure cessio verpflichtet, bei provincialen aber:) dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui (er kann nicht in iure cediren, so soll wenigstens die Verpflichtung zu dem verstanden werden, was dem Legatar das Vortheilhafteste unter diesen Umständen ist). Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest (hier bedarf es dann also keiner Zuthat, dieses selbst ist die Bestellung, während das Testament nur eine Verpflichtung auflegt, nicht schon die Bestellung selbst enthält, wo das Vindicationslegat nicht möglich ist.

z) Deshalb werden traditio und stipulatio neben einander gestellt, Note w.

aa) L. 1 §. 2 D. de serv. pr. rust. (8, 3): traditio plane et patientia servitutum inducet officium praetoris. Und deutlicher L. 11 §. 1 D. de public. act. (6, 2): si de usufructu agatur traditio, publiciana datur, itemque servitutibus — praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam —.

bb) Fragm. vat. 61, ergänzt aus L. 1 pr. D. quib. mod. usufr. (7, 4): — et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus, an vero tuitione praetoris proinde traditus quoque usus fructus (sci-)licet in fundo

Das prätorische Recht hat endlich die Entstehungsarten der Servituten noch durch die Einführung einer Ersitzung ergänzt, analog der longi temporis possessio, die für das Eigenthum an Provinzialgrundstücken eingeführt worden war.[cc]) Wer die Servitut als sein Recht zehn oder zwanzig Jahre hindurch weder vi, noch clam, noch precario ausgeübt hat, dem gilt diese „longa consuetudo" als rechtmäßige Erwerbung, die Servitut ist longa quasi possessione entstanden, und er hat eine utilis actio, bei der er nur jenes, nicht einen sonstigen Entstehungsgrund zu beweisen braucht.[dd]) Jede Ausübungshandlung, die während jener Zeit mit einem jener Vitia geschehen ist, verhindert die Ersitzung, diese wird daher schon durch ein einfaches Verbot des Eigenthümers unterbrochen, da der Ausübende dadurch in den Zustand der Vis gesetzt wird.[ee]) Es ist wohl nicht zu zweifeln, daß diese Ersitzung auch auf Servituten an italischen Grundstücken übertragen worden ist; eher könnte es als ungewiß betrachtet werden, ob sie, bei deren Ausbildung offenbar die Rücksicht auf Realservituten wenigstens vorgeherrscht hat, auch für Personalservituten gegolten habe.[ff])

---

stipendiario vel tributario, item in fundo vectigali vel superficie, non iure constitutus, capitis minutione amittitur. L. 1 §. 9 D. de superf. (43, 18.)

cc) L. 2 C. de servit. (3, 34): — servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti —.

dd) L. 1 C. eod., L. 1 §. ult. D. de aqua pluv. (39, 3), L. 5 §. 3 D. de itin. (41, 19), L. 10 pr. D. si servit. (8, 5): si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nanctus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.

ee) L. 2 C. de servit. (3, 34): — si ante id spatium eius usus tibi interdictus est —.

ff) Nach justinianischem Recht ist dieß entschieden der Fall, L. 12 in f. C. de praescr. longi temp. (7, 33.) — Manche neuere Juristen haben die einfache Gestalt dieser Ersitzung durch willkührliche Erfindungen corrumpirt, indem sie theils die Analogie der longi temporis possessio beim Eigenthum ausgeschlossen haben, wo sie gewiß stattfindet, namentlich hinsichtlich der Zeit, statt deren sie hier eine unbestimmte, (unnöthiger Weise) ins Ermessen des Richters gestellte annehmen wollen, theils aber diese Analogie in solchen Punkten herbeiziehen, wo sie offenbar durch die oben dargestellte Bildung der Servitutenersitzung ausgeschlossen ist. Dahin gehört, daß man einen iustus titulus gefordert hat, für den das nec vi etc. eben das Surrogat ist, ferner bona fides, wovon unsere Quellen eben so wenig etwas enthalten. Man hat dafür angeführt L. ult. D. quemadm. servit. (8, 6): *servitute usus* non videtur, nisi is, qui suo iure

3) Aus dem früheren Civil- und prätorischen Recht hat sich das neueste, wie wir es in den justinianischen Gesetzbüchern finden, in Folge der übrigen Veränderungen (Aufhebung der In Jure Cessio und Mancipation, des Unterschiedes zwischen italischem und Provincialboden, des Gegensatzes von quiritischem und bonitarischem Eigenthum) ganz von selbst entwickelt. Die Servituten entstehen durch Testament, durch Adjudication, durch Ersitzung, und durch pacta et stipulationes, die nun allgemein an die Stelle der alten Bestellung durch in iure cessio und mancipatio getreten sind.[gg]) Wollte man nun für das justinianische Recht den Sprachgebrauch servitus iure und tuitione praetoris constituta beibehalten, so müßte man den ersten Ausdruck von einer rechtmäßig, also von dem Eigenthümer (oder durch den Richter statt seiner) bestellten Servitut verstehen, den zweiten dagegen auf die Bestellung durch einen Nichteigenthümer, also den Emphyteuta, Superficiarius, oder endlich einen gar nicht Berechtigten beziehen.[hh]) Für diesen letzten Fall ist noch im justinianischen Recht die Tradition von Wichtigkeit, indem sie die Publiciana verschafft (Note aa), bei der es des Beweises, daß der Besteller Eigenthümer gewesen, nicht bedarf.[ii])

---

uti se *credidit*, ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit; ohne allen Grund, wie einfach daraus erhellt, daß diese Stelle kein Erforderniß der Ersitzung, sondern des Besitzes giebt. Da nun ein solches Erforderniß die bona fides entschieden nicht ist, so kann credidit nur den animus possidendi bezeichnen, und damit stimmen die vom Gegentheil gegebenen Beispiele vollkommen überein.

gg) §. 1 I. de usufr. (2, 4): — sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet —. §. 4 I. de servit. (2, 3): si quis velit vicino aliquod constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet —.

hh) So geschieht es in L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. (7, 4.)

ii) Es war früher die herrschende Lehre, daß in allen den zahlreichen Stellen, wo pacta et stipulationes als Bestellungsart der Servituten, und zwar ex professo, angegeben werden, durch eine wunderbar übereinstimmende und fast verabredete Nachlässigkeit gerade das Hauptmoment der ganzen Bestellung, nämlich die Tradition weggelassen worden sei. Die Tradition spielt eine so große Rolle beim Eigenthum (nämlich im neusten Recht, im ältern war dieß anders), warum sollte sie nicht auch bei den Servituten dieselbe Bedeutung haben? Gegen diese Meinung hat zuerst Savigny die wahre Gestalt der Sache hergestellt, seine Ansicht ist von Mehreren in verschiedener Weise ausgeführt worden (zuerst von Schmidtlein: de servitutibus per pactum constituendis 1823, dann von Michelsen, Archiv für civil. Prax. VII, 14, von Hasse, Rhein. Museum I S. 64 ff. und Andern). Die ältere Lehre, daß der Vertrag nicht hinreiche, son-

Aufhebung der Servituten.[a])

CCLVII. Die verschiedenen Gründe der Endigung der Servituten und Wiederherstellung der libertas rei haben theils eine innere Nothwendigkeit, indem sie entweder auf der Natur der Rechte an Sachen überhaupt oder der iura in re, oder auf der Natur der Servituten insonderheit beruhen, theils sind sie frei von dieser Nothwendigkeit.

Als Rechte an Sachen müssen die Servituten mit der Sache selbst untergehen, mit dem natürlichen oder dem juristischen Untergang, durch den die Sache aus der Reihe der Gegenstände von Rechten überhaupt oder von Rechten dieser Art hinweggenommen wird;[b]) Personalservituten erlöschen sogar schon durch eine gänzliche Umgestaltung der Sache, daher auch durch Zerstörung des Gebäudes, oder Verwandlung der area in ein aedificium.[c])

Aus der Natur der iura in re folgt, daß die Servitut untergehen muß, sowie sie mit dem Eigenthum der Sache in derselben Person zusammentrifft: nulli enim res sua servit.[d]) Dieß heißt confusio, ihre Folge ist, daß die Trennung des Elements, aus dem die Servitut gebildet ist, vom Eigenthum aufhört; bei dem Usus-

---

dern eine Tradition hinzukommen müsse, hat indessen noch immer ihre Vertheidiger, der neueste derselben ist v. Vangerow, Leitfaden I S. 685—695. Den Standpunkt, von welchem aus allein das Festhalten dieser Lehre erklärlich ist, giebt V. selbst offen zu erkennen, indem er versichert, es „für civilistisch unmöglich zu halten, daß „das dingliche Servitutenrecht durch bloße Verträge entstehe." Ich zweifle keinen Augenblick, daß der scharfsinnige Jurist, wenn er diese „civilistische Unmöglichkeit" mit kritischem Auge betrachten will, finden wird, daß sie nichts als ein alter Aberglaube, ein Ueberrest der verschollenen Lehre vom titulus und modus adquirendi, und eine der Fesseln ist, die dem juristischen Denken den Vorwurf der Unfreiheit zugezogen haben.

a) Dig. VII. 4: quibus modis ususfructus vel usus amittitur. VIII. 6: quemadmodum servitutes amittuntur.

b) L. 23. 24. 30 D. quib. mod. ususfr. (7, 4), L. 14 pr. D. quemadm. servit. (8, 6.)

c) L. 5 §. 2. 3, L. 10 §. 7 D. quib. mod. ususfr. (7, 4.) Paul. III. 6. 31, L. 71 D. de usufr. (7, 1.) Für servitutes praediorum gilt dieß nicht, es ist möglich, daß durch eine solche Veränderung die Ausübung unterbrochen wird, das Recht selbst geht dadurch allein nicht unter, L. 31 D. de serv. pr. urb. (8, 2), L. 9 pr. D. si servit. (8, 5.)

d) L. 1 D. quemadm. serv. (8, 6): Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit.

fructus wird diese Rückkehr, diese Wiedervereinigung von ususfructus und proprietas, consolidatio genannt.[e])

Es gehört zum Wesen der Servituten, daß diese Rechte mit bestimmten Subjecten verbunden sind, von denen sie nicht getrennt werden können, mit denen sie stehen und fallen. Bei Realservituten ist dieses Subject der jedesmalige Eigenthümer eines bestimmten Grundstücks. Der Eigenthümer kann wechseln, dieß ist keine Veränderung des Subjects, denn dieses ist nicht dieser Eigenthümer, sondern der Eigenthümer dieses Grundstücks, aber die Servitut kann nicht von einem Grundstück auf das andere übertragen werden. Sie erlischt mit dem Untergang des herrschenden Grundstücks, doch nicht durch einen theilweisen, oder eine bloße Umgestaltung.[f]) Das Subject der Personalservituten ist das Individuum, das die Servitut erworben hat, mit dem Tod desselben geht sie unter, ist sie auf die Erben erstreckt, so ist dieß als Bestellung einer künftigen neuen Servitut zu betrachten.[g]) Eine fortwährende Trennung des Usufructus von der Proprietät würde dem Wesen der Servitut zuwider sein, die nie so weit sich ausdehnen soll, daß das Eigenthum durch sie zu einem bloßen Scheindasein herabgesetzt wird.[h]) Deshalb war die Frage, ob einer juristischen Person ein Usufructus bestellt werden könne, bei der er leicht jene Folge haben würde, indem zwar hier der Untergang durch Aufhebung derselben eintreten,[i]) auf dieses Ereigniß aber als ein durchaus ungewöhnliches nicht gerechnet werden kann. Man ließ den Usufructus zu mit der Beschränkung auf hundert Jahre, nach deren Ablauf er wie durch den Tod erlöschen soll.[k]) Aber nicht bloß durch den Tod des Berechtigten, sondern auch durch eine Veränderung seiner Rechtsfähigkeit, die unter den Begriff einer capitis deminutio fällt, soll das caput, dem der Usus oder Usufructus zusteht, weggenommen, und die Servitut daher untergegangen

---

e) Fragm. vat. 83, L. 3 §. 2 D. de usufr. accr. (7, 2.)

f) L. 20 §. 2 D. de serv. pr. urb. (8, 2), L. 13 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3.)

g) L. 3 §. 3, L. 5 pr. D. quib. mod. ususfr. (7, 5), L. 38 §. 10—12 D. de V. O. (45, 1.)

h) L. 14 C. de usufr. (3, 33.)

i) L. 21 D. quib. mod. ususfr. (7, 4.)

k) L. 56 D. ususfr. (7, 1), L. 8 D. de usu et usufr. leg. (33, 2.)

sein.[l]) Es versteht sich, daß diese Endigungsarten (Tod und c. d.) auf Realservituten keine Anwendung finden.[m])

Die Personalservitut ist ihrem Wesen nach auf eine Zeit (die Lebenszeit des Berechtigten) gegeben, daher ist es natürlich, daß, wenn neben diese noch eine andere, ebenfalls unbestimmte oder eine bestimmte gesetzt, also z. B. der Nießbrauch auf zwei Jahre gegeben ist, der Ablauf derselben als Recht ipso iure, so gut wie der Ablauf der Lebenszeit, aufhebt.[n]) Anders bei Realservituten, eine Verabredung, die ihre Dauer auf diese Weise willkührlich beschränkt, endigt die Servitut nicht ipso iure, sie giebt dem Eigenthümer nur ein der ferneren Geltendmachung derselben entgegenstehendes Recht, die exceptio pacti oder doli.[o])

Die Servitut kann von dem Berechtigten aufgegeben werden. Das Jus civile hat dafür ein solennes Rechtsgeschäft, die in iure cessio an den Eigenthümer.[p]) Aber auch eine bloße (selbst still-

---

l) L. 1 D. quib. mod. ususfr. (7, 4), Fragm. vat. 61—64. Paul. III. 6, 28, 29. Justinian hielt es für unbillig, der c. d. minima diese Wirkung zu lassen, er beschränkte sie auf die maxima und media, L. 16 §. 2 C. de usufr. (3, 33.) Schon die römischen Juristen hatten geglaubt, diese Endigungsart auf die habitatio und operae, wegen ihrer mehr factischen als rechtlichen Natur, nicht anwenden zu müssen, und zwar nicht bloß in Beziehung auf die c. d. minima (§. 255 Note cc).

m) L. 3 D. quemadm. serv. (8, 6.)

n) Paul. III. 6, 33, L. 5. 12 C. de usufr. (3, 33.)

o) L. 4 pr. D. de servit. (8, 1.)

p) Paul. III. 6, 32. Pomp. L. 20 pr. D. de servit. pr. rust. (8, 3), wo das Wort concedere wahrscheinlich eine Interpolation für in iure cedere ist. — (Die in iure cessio hat die Form einer Negatoria, bei den Servituten, wo die Libertas auch in der Gestalt einer entgegengesetzten servitus [altius tollendi u. s. w.] auftritt, auch die einer Confessoria. Scheurl's Behauptung: auch bei dem Usufructus könne die in iure cessio durch eine Vindicatio des Proprietars vor sich gehen [Zeitschr. XII. S. 251] muß ich nach L. 25 pr. D. de V. S. [50, 16], L. 5 pr. D. si ususfr. (7, 6) in Abrede nehmen. R.) — Nur an den Eigenthümer der dienenden Sache kann die in iure cessio geschehen, an einen Andern ist sie ohne Wirkung, Gai. II. 30: — alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet, creditur enim ea cessione nihil agi. Eben so §. 3 I. de usufr. (2, 4): — cedendo extraneo nihil agitur —. Man nimmt häufig an, eine andere Ansicht habe Pomponius, L. 66 D. de iure dot. (23, 3); deren Worte: — quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, i. e. qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum — von einem sofortigen Untergang des Ususfructus in Folge der Cessio verstanden werden, s. z. B. Puggé, Rhein. Museum I S. 145—157, Vangerow, Leitfaden I S. 676 ff. Dieser Gedanke wäre

schweigende) Uebereinkunft zwischen beiden hat die Wirkung, wenigstens ope exceptionis die Servitut aufzuheben.[q] Bei dem Ususfructus wird auch ein einseitiger Verzicht, eine Dereliction, erwähnt, wodurch der Usufructuar sich zugleich von den Lasten, die er vermöge seines Nießbrauchs tragen muß, befreien kann,[r] bei Realservituten kam diese Veranlassung nicht vor.

Der Berechtigte kann aber die Servitut auch dadurch verlieren, daß er sie eine gewisse Zeit hindurch nicht ausübt; es liegt diesem Rechtssatz theils überhaupt eine Begünstigung der Eigenthumsfreiheit, theils das Bedürfniß, den mangelnden Beweis einer sonstigen Aufhebung zu ersetzen (wie bei der Usucapion), theils endlich für das älteste Recht der Gedanke einer Ergänzung formell unvollkommener Aufhebung zu Grunde, so einer remissio servitutis nicht durch förmliche in iure cessio, sondern durch bloße Uebereinkunft, die damals wahrscheinlich für sich allein jene Wirkung nicht hatte, sie aber durch das Hinzukommen jenes Nichtgebrauchs erhielt. Es begegnen uns im römischen Recht zwei Institute, welche auf jene Aufhebung gerichtet sind: libertatis usucapio und reiner non usus; das Verhältniß beider ist nun theils für das ältere, theils für das neuere Recht zu bestimmen.

Als das älteste dieser Institute dürfen wir die libertatis usucapio betrachten, die sich ganz eng an das uralte Recht der Usucapion des Eigenthums anschließt. Aber sie setzt voraus, daß jemand in dem Besitz der Sache zugleich die libertas rei besitzt, dieß läßt sich nur annehmen, wo diese Freiheit eine sich äußerlich an der Sache darstellende Qualität, wo sie in der Sache gleichsam verkörpert ist, und so ein Gegenstand des Besitzes in dem Besitz der Sache wird. Am entschiedensten ist dieß der Fall, wenn die Freiheit sich als eine

---

gewiß nicht sehr glücklich ausgedrückt. Was aber die innere Wahrscheinlichkeit dieser Ansicht anlangt, so hat man sich bei ihrer Vertretung einen viel zu engen Kreis gezogen. Was vom Ususfructus, hätte Pomponius auch von der in iure cessio einer Realservitut an einem Extraneus behaupten müssen; man möge nun zusehen, ob jene Ansicht, die man Pomponius unterlegt, hier eben so natürlich scheint, als man sie bei dem Ususfructus sich vorstellt. S. übrigens Huschke, Studien S. 240 Note 71.

q) L. 14 §. 1 D. de servit. (8, 1), L. 34 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3), L. 8 pr. D. quemadm. serv. (8, 6), L. 4 §. 12 D. de doli except. (44, 4.)

r) L. 64. 65 pr. D. de usufr. (7, 1.)

positive Vorrichtung an der Sache darstellt, wie die Freiheit von der servitus altius non tollendi in dem über diese Schranke hinaus erhöhten Gebäude, wer das erhöhte Haus besitzt, besitzt etwas, das mit der Existenz jener Servitut unverträglich ist, er besitzt in dem Haus wirklich die Freiheit von der Servitut. Doch ist auch schon die Entfernung einer bisher vermöge der Servitut bestehenden Anstalt, z. B. die Schließung des Lochs, das der Nachbar in unserer Wand hatte vermöge der servitus tigni, etwas positives, und der Besitz des Hauses in diesem Zustand als Besitz der Freiheit anzusehen. Bei Feldgrundstücken verkörpert sich die Freiheit keineswegs auf jene Art, bei servitutes praediorum rusticorum ist daher keine usucapio libertatis möglich.[s]) Eben so wenig ist sie anwendbar bei Personalservituten, bei ihnen schließt die Freiheit oder Unfreiheit noch weniger einen veränderten Zustand der Sache selbst in sich.[t]) Jene usucapio libertatis gegenüber von servitutes praediorum urbanorum setzt einmal die Herstellung des äußeren Zustands an dem dienenden Grundstück voraus, in welchem die Freiheit von der Servitut hervortritt, z. B. das Höherbauen, das Vermauern der Oeffnung, überhaupt die Entfernung der Anstalt, — ohne eine solche positive Thätigkeit des Eigenthümers ist sie nicht möglich,[u]) sodann den Besitz des dienenden Grundstücks in diesem freien Zustand zwei Jahre hindurch, der Verlust dieses Besitzes unterbricht die usucapio libertatis.[v])

Sollen nun die Rustical- und Personalservituten, weil die usucapio libertatis bei ihnen keine Anwendung findet, dem Untergang durch Zeitablauf ganz entnommen sein? Man fand dieß keineswegs angemessen; warum sollte ihnen gegenüber die Freiheit des Eigenthums weniger Gunst erfahren? Es gestaltete sich folgende Rechts-

---

s) Paul. I. 17, 1: Viam, iter, actum, aquaeductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur, nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur. Die Stelle ist sicher von dem Epitomator verdorben, der Sinn aber ist nicht zweifelhaft.

t) L. 44 §. 5 D. de usurp. (41, 3): — ut enim ususfructus usucapi non potest —. Aus dem Zusammenhang ergiebt sich, daß dieß von einer Rückusucapion durch den Proprietar zu verstehen ist, nicht von der Entstehung des Ususfructus.

u) L. 6 D. de serv. pr. urb. (8, 2), L. 18 §. 2 D. quemadm. serv. (8, 6.)

v) L. 32 §. 1 D. de serv. pr. urb. (8, 2.)

ansicht. Mit jener usucapio libertatis geht ein non usus der Servitut von Seiten des Berechtigten Hand in Hand, und ist er sich allein nicht hinreichend, den Verlust der Servitut herbeizuführen. Das, was noch hinzukommen muß, ist bei jenen andern Servituten nicht statthaft, so betrachtete man nun bei ihnen den bloßen non usus, d. h. die Nichtvornahme dessen, wozu die Servitut berechtigt, für hinreichend, die Servitut zu zerstören und die libertas rei wiederherzustellen, wenn dieser non usus von Seiten des Berechtigten sich die gesetzliche Zeit hindurch fortgesetzt hat, beim usus und ususfructus ein oder zwei Jahre, jenachdem die Sache beweglich oder unbeweglich ist, bei servitutes rusticae zwei Jahre.[w]) Hiernach ließ sich das geltende Recht so bestimmen: alle Servituten (mit Ausnahme der anomalen Personalservituten) gehen durch non usus unter, aber bei den servitutes praediorum urbanorum reicht dieser nicht hin, es muß noch jene libertatis usucapio hinzukommen.[x]) Nun mußte man aber eine billige Rücksicht auf den Fall nehmen, wenn eine servitus rustica so gegeben ist, daß sie nur in größern Zwischenräumen, z. B. ein Jahr um das andere, oder einen Monat um den andern, oder nur einmal im Jahr u. s. f. ausgeübt werden darf. Bei einem ususfructus alternis annis datus war man von selbst über diese Schwierigkeit hinaus, ein solcher ist nicht Einer, es sind mehrere Servituten, die sich stets erneuern, ein Verlust durch non usus ist nicht möglich.[y]) Dieß läßt sich bei Realservituten nicht sagen (Note y), aber es wurde die Ansicht herrschend, hier in jenen Fällen die Zeit zu verdoppeln.[z])

---

w) Paul. II. 6, 30: non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno. I. 17, 2: servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur. Mit den letzten Worten wird entweder die Wirkung des non usus für den Eigenthümer ausgedrückt (recipit qui dedit servitutem), und dann hat usurpare hier die gewöhnliche Bedeutung von Unterbrechung des usus, — oder die Verhütung des Verlustes (recipere in dem Sinn von Behalten, dem Aufgeben oder Verlieren entgegengesetzt) durch einen Gebrauchsact (dieß würde dann usurpata heißen) während jenes Zeitraums.

x) So drückt sich aus L. 6 D. de serv. pr. urb. (8, 2.)

y) L. 13 D. de usu et usufr. leg. (33, 2), L. 28 D. quib. mod. ususfr. (7, 4.)

z) L. 7 D. quemadm. serv. (8, 6), L. 14 pr. C. de servit. (3, 34). — Das iter ad sepulcrum wurde als Servitut behandelt, obwohl die Eigenschaft des herrschenden Grundstücks als locus religiosus streng genommen dem wider-

Auf Servituten an Provincialgrundstücken waren non usus und libertatis usucapio nicht anwendbar, es ist aber nicht zu bezweifeln, daß dem longum tempus hier eine gleiche Wirkung eingeräumt wurde, und zwar bei servitutes praediorum urbanorum als longi temporis possessio, der usucapio libertatis analog, bei andern Servituten einem reinen Nichtgebrauch von zehn Jahren.

So war das Recht beschaffen, das Justinian vorfand. Er beschäftigte sich zuerst mit dem Ususfructus. Zwei Personalservituten gab es, die schon nach dem älteren Recht nicht durch non usus untergiengen, habitatio und operae, bei diesen hatte man dagegen den Verlust durch Usucapion der Sache zugelassen.[aa]) Justinian hielt es für billig, auch die regelmäßigen Personalservituten ähnlich zu behandeln, der Ususfructus soll nicht mehr durch non usus untergehen, dagegen soll dem Usufructuar die praescriptio longi temporis entgegenstehen, wenn er zehn oder zwanzig Jahre lang sein Recht gegen den Besitzer der Sache nicht geltend gemacht hat. So verordnet ein Gesetz vom Jahr 530.[bb]) Ein Jahr darauf, also 531, erklärt Justinian, wie beim Ususfructus verordnet worden sei, so sollen auch alle andern Servituten nicht schon durch einen Nichtgebrauch von zwei, sondern erst in zehn oder zwanzig Jahren untergehen, diese Zeit also soll für alle Servituten gelten.[cc]) Was ist

---

spricht, L. 14 §. 1 D. de servit. (8, 1); man dehnte aber diese Behandlung nicht bis zur Anwendung des non usus aus, die hier ganz unpassend gewesen wäre, L. 4 D. quemadm. serv. (8, 6.)

aa) L. 2 D. de usu et usufr. leg. (33, 2) sagt dieß von den operae.

bb) L. 16 pr. §. 1 C. de usufr. (3, 33): — non solum actionem, quae de usufructu nascitur (d. h. die persönliche Klage auf Bestellung des Rechts, Fragm. vat. 47), sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere — sed usumfructum, quem sibi aliquis adquisivit, hunc habeat dum vivit intactum — — nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiam, si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. Will man den Worten nicht entschieden Unrecht thun, so muß man das Gesagte darin finden; damit ist aber allerdings noch nicht entschieden, ob das Gesetz diesen Sinn, den es sicher bei [illegible] Erlassung hatte, auch noch als Bestandtheil des Codex, gegenüber de[illegible]nhalt der justinianischen Legislation, haben kann. Davon nach[illegible]

cc) L. 13 C. de servit. (3, [illegible] [illegible]umfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, pe[illegible] [illegible]em tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, [illegible] passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse sensuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio

nun die Meinung Justinian's? soll der Untergang durch non usus überall beseitigt sein, und an seine Stelle die praescriptio longi temporis (eine Art von usucapio libertatis) treten? Dieser Annahme widerspricht auf das entschiedenste die Darstellung des non usus in den Digesten, in welche die oben vorgetragene Theorie im wesentlichen durchaus (nur mit Weglassung der ein und zwei Jahre) recipirt ist, eben so die Darstellung in den Institutionen,[dd]) endlich auch der Inhalt des Gesetzes von 531 selbst, welches als Gegenstand der Veränderung nur die Zeit angiebt, und selbst den Inhalt jenes ersten Gesetzes von 530 so referirt, als ob dadurch nichts weiter als die Zeit geändert worden wäre (Note cc) Das Resultat ist: die weitgreifende Reform, die das Gesetz von 530 für die Aufhebung des Ususfructus durch Zeitablauf enthielt, ist zurückgenommen, die ganze Veränderung, welche Justinian bleibend vorgenommen hat, reducirt sich auf die Erhöhung der Zeit von 1 oder 2 Jahren auf zehn, zwanzig, wie sie bei Provincialgrundstücken ohne Zweifel schon früher stattgefunden hatte, die ganze übrige Theorie blieb stehen, das Gesetz von 530 übrigens fand man sich bei der Aufnahme in den Codex nicht veranlaßt zu ändern, da sich ihm, wenn man es nicht auf die Goldwage legte, wohl auch der Sinn, den es nun allein haben konnte, unterlegen ließ.

(quia tantummodo soli rebus annexae sunt), sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis explosis differentiis.

dd) §. 3 I. de usufr. (2, 4): Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus, quae omnia nostra statuit constitutio.